This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 057 577 009

Digitized by Google

110

1 & 12 Dec 1921

HARVARD LAW LIBRARY

Received Jan 1 1921

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

D'INSTRUCTION CRIMINELLE

ET

DE PROCÉDURE PÉNALE

TOME PREMIER

Digitized by Google

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE
BAR-LE-DUC

Digitized by Google

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

D'INSTRUCTION CRIMINELLE

ET

DE PROCÉDURE PÉNALE

PAR

R. GARRAUD

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PROFESSEUR DE DROIT CRIMINEL A L'UNIVERSITÉ DE LYON

TOME PREMIER

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY & DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL

22, rue Soufflot, PARIS, 5e arrdt

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

—

1907

Digitized by Google

JAN 1 1921

Digitized by Google

INTRODUCTION

Bibliographie générale. — Bouché-Leclercq, *Manuel des institutions romaines*, p. 450 et suiv. — Buchère, *Étude pratique sur l'instruction et la procédure criminelles en France et en Angleterre*, 1860, in-8°. — Detourbet, *La procédure criminelle au XVII^e siècle*, 1881, in-8°. — Duboys, *Histoire du droit criminel de la France*, 2 vol. in-8°, 1874. — Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, 1882, in-8°. — Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^e éd., 1866-67, 8 vol. in-8° (Le premier volume est entièrement consacré à l'histoire de la procédure criminelle). — Lewis, *De la procédure criminelle en France et en Angleterre*, 1882, in-8°. — Marcy, *L'accusé devant la loi pénale en France*, 1891, 2 vol. in-8°. — Maury, *La législation criminelle sous l'ancien régime. La procédure* (*Revue des Deux-Mondes*, 1877, t. III, p. 241-278). — Mispoulet, *Les institutions politiques des Romains*, t. II, p. 521 et suiv. — Mittermaier, *Traité de la procédure criminelle, en Angleterre, en Écosse et dans l'Amérique du Nord*, traduit par Chauffard, 1868, in-8°. — Munier-Jolain, *L'instruction criminelle inquisitoriale et secrète*, 1880, 1 vol. in-18°. — Roland, *De l'esprit du droit criminel aux différentes époques*, 1880, 1 vol. in-8°.

Digitized by Google

Digitized by Google

INTRODUCTION

§ I. — DE L'OBJET DE LA PROCÉDURE PÉNALE

1. La procédure pénale a un double objet : organiser les autorités chargées de la répression, leur tracer la marche à suivre dans ce but. Elle est inséparable du fond du droit. — **2.** Les lois de procédure sont destinées à régulariser la réaction individuelle et sociale que provoque l'action criminelle. — **3.** Dans l'évolution de la procédure pénale, il faut tenir compte de l'organisation du pouvoir politique et des croyances du groupe social. — **4.** Analogies apparentes et différences substantielles entre la procédure pénale et la procédure civile. — **5.** Qualités d'une bonne procédure pénale : simplicité, célérité, équité. — **6.** Concepts généraux autour desquels se groupent les règles de la procédure pénale : action, preuve, ordre judiciaire, rite, exécution.

1. Le droit social de punir ne s'exerce *régulièrement* qu'après un jugement déclarant la *culpabilité* et prononçant la *peine*. D'où la nécessité, pour tout groupe social autonome : 1° de créer des organismes, auxquels seront confiées les diverses missions que supposent le prononcé du jugement et son exécution; 2° de leur tracer, à l'avance, la marche à suivre pour atteindre ces résultats. Par suite, le double objet des lois de procédure consiste à *organiser* les autorités pénales et à *réglementer* leur fonctionnement. Dans le domaine de la pénalité, les lois de forme sont *inséparables* des lois de fond, car toute répression, c'est-à-dire *toute mise en œuvre des lois pénales*, implique un *procès* et un *jugement préalables*[1]. Le droit pénal, c'est le droit de punir à l'*état statique;*

§ I. [1] Le droit civil, au contraire, a une vie et une force indépendantes du procès destiné à le faire reconnaître et à le faire respecter lorsqu'il est

Digitized by Google

la procédure, c'est le droit de punir à l'*état dynamique*, et c'est toujours sous ce second aspect, que se présente la répression et qu'elle se légitime.

La procédure a donc ici une importance égale à celle du droit; elle a même, à certains points de vue, plus d'importance, car si on a vu des peuples, avec un bon système d'organisation judiciaire et de procédure, corriger les inconvénients d'un système d'incrimination défectueux, le phénomène inverse ne s'est jamais rencontré[2]. L'idéal que tout Code de procédure tend à réaliser, c'est la conciliation de deux intérêts, en apparence contraires : celui de la *collectivité*, exigeant qu'aucun coupable ne puisse échapper à un châtiment rapide et presque immédiat (*impunitum non relinqui facinus*); celui de l'*individu*, exigeant un examen impartial et approfondi de la culpabilité (*innocentem non condemnari*).

La conciliation de l'intérêt individuel et de l'intérêt social est, ici comme partout, l'éternel problème que toute civilisation juridique s'efforce de résoudre. S'il est vrai, comme l'a dit Montesquieu, que les règles à suivre, dans les jugements criminels, « intéressent le genre humain plus qu'aucune « chose qu'il y ait au monde[3] », un pays, dont la procédure pénale est défectueuse, doit être profondément troublé dans sa vie quotidienne; car si nous pouvons, pour la plupart, être certains de ne pas violer la loi pénale, aucun de nous ne peut

violé. Le procès civil est un accident, heureusement rare, dans la vie juridique d'un propriétaire, d'un créancier, d'un époux, etc. Dans le domaine de la pénalité, au contraire, il est vrai de dire que le droit est la substance, la procédure est la forme, et on ne saurait pas plus concevoir une substance sans forme, qu'une forme sans substance.

[2] Voy. Ortolan, *Éléments*, t. 2, n° 1936. Sur l'importance comparée du droit pénal et de la procédure, Ortolan, *Cours de législ. pén. comp., Intr. phil.*, p. 77 à 81 (excellents développements). *Adde*, Carrara, *Il diritto penale e la procedura penale* (*Opuscoli di diritto*, t. 5, p. 60.

[3] On sait ce que Montesquieu a dit de la procédure pénale : « Dans un pays qui aurait là-dessus les meilleures lois possibles, un homme à qui on ferait son procès, et qui devrait être pendu le lendemain, serait plus libre qu'un pacha ne l'est en Turquie ». *Esprit des lois*, liv. XII, chap. II.

Digitized by Google

avoir l'assurance qu'il ne sera pas injustement poursuivi[4]. L'idéal qu'il faut poursuivre, sans espérer pouvoir l'atteindre, mais en s'en rapprochant davantage à chaque étape de la civilisation juridique, c'est de tendre toutes les règles de la procédure vers un but unique, la recherche de la vérité dans le droit et par le droit.

2. Les lois de la procédure ont pour caractère essentiel de *régulariser les réactions individuelles et sociales* que provoque toute action criminelle[5]. Elles supposent déjà un état de civilisation dans lequel l'individu et la collectivité ont renoncé à se faire *directement* et *immédiatement* justice. Le lynchage du criminel est un procédé des sociétés primitives, un retour à la barbarie des sociétés civilisées[6] : les groupes sociaux régressent, en effet, comme ils progressent suivant des lois nécessaires, les mêmes conditions déterminant les mêmes phénomènes. Un Code de procédure est donc un fait de civilisation : il marque une étape dans la voie du progrès.

3. Si le droit pénal reflète les idées qui donnent à un état

[4] Ferri, *Sociologia criminale*, n° 79, p. 777 (4e éd.). Le Code pénal a été appelé quelquefois le *Code des malfaiteurs*, tandis que le Code de procédure pénale a été appelé le *Code des honnêtes gens*. L'un est un instrument de défense sociale contre les criminels; l'autre doit être un moyen de garantie individuelle pour les autres. Avant Ferri, Carrara, *Il diritto penale e la procedura penale* (*Opuscoli di diritto*, t. 5, p. 19), avait dit : « *Il rito penale a dunque la salvaguardia dei galantuomi* ». Voy. Emmanuale Carnavale, *Ideale giuridico della procedura penale* (*Rivista penale*, 1903, p. 92).

[5] Tarde, *Philosophie pénale*, p. 420 : « La vie sociale n'est qu'un entrelacement et un tissu de ces deux ordres de faits : la production ou l'échange de services, la production ou l'échange de préjudices. L'homme est né reconnaissant et vindicatif, porté à rendre don pour don, coup pour coup, comme fait l'enfant, et les progrès de la civilisation ont consisté non à dénaturer, mais à régulariser, à généraliser, à faciliter les manifestations de ces deux penchants ».

[6] La procédure sommaire, telle que notre procédure en cas de flagrant délit, est une régularisation, en même temps qu'une image, de ces procédés des sociétés primitives.

Digitized by Google

social sa physionomie et son caractère, s'il évolue d'après une courbe parallèle à cet état social, d'une part, l'organisation des juridictions se constitue et se modèle sur l'organisation du pouvoir politique, et, d'autre part, les procédés qui ont pour objet de rechercher l'auteur d'un crime et de démontrer sa culpabilité, empruntent leur caractère aux croyances de chaque groupe social et à la foi fondamentale qui l'anime[7]. Comme on l'a dit très exactement en effet : « Les mœurs et « la culture d'un peuple se lisent dans sa procédure[8] ».

4. Bien que, à certains points de vue, les formes de la procédure civile paraissent être semblables à celles de la procédure pénale, bien que, à l'origine des civilisations juridiques, la procédure pénale et la procédure civile n'aient pas été plus distinctes que ne l'étaient le droit pénal et le droit civil, les analogies entre ces deux procédures ne sont qu'apparentes et les différences substantielles. *a*) La procédure civile est instituée et organisée dans un intérêt principalement privé; la procédure pénale, dans un intérêt principalement public. *b*) Le procès civil ne peut être jugé de la même manière que le procès pénal. Le premier porte sur une question de droit et de fait, sur une *espèce*, comme on dit au palais, qui peut être résolue et qui doit même l'être, presque toujours, en faisant abstraction de l'*individualité* des plaideurs. Le procès pénal impliquant essentiellement l'examen de la culpabilité, la procédure est dirigée constamment et exclusivement contre un individu déterminé, l'*inculpé*. Ce côté *subjectif* du

[7] Ainsi que le remarque Ortolan, *Éléments*, t. 2, n° 1936 : « La juridiction n'est autre chose qu'une partie de la puissance sociale organisée, liée par conséquent au droit politique, tournant dans l'orbite des constitutions, tandis que la procédure tourne à son tour dans celle des juridictions ». Mais il est un élément dont Ortolan ne tient pas compte, c'est que la procédure criminelle a pour objet de résoudre une double énigme : la recherche de l'auteur d'un crime et la démonstration de sa culpabilité. Or, dans son rapport avec la preuve, la procédure reflète la foi fondamentale qui anime le groupe social, sa croyance la plus universelle et la plus indiscutée. Voy. sur ce point : Tarde, *Philosophie pénale*, p. 425.

[8] Paul Viollet, *Les établissements de saint Louis*, 1881, t. 1, p. 179.

Digitized by Google

procès pénal, par opposition au côté *objectif* du procès civil, nous paraît être la différence la plus caractéristique entre les deux procédures, celle qui motiverait l'emploi de deux personnels judiciaires distincts, et la séparation absolue de la justice civile et de la justice pénale[9]. Le juge répressif doit être un psychologue et un sociologue : il suffit, la plupart du temps, au juge civil, d'être un légiste. *c*) L'exécution du jugement civil appartient à la partie qui l'a obtenu : elle se fait principalement sur le patrimoine, sans coercition directe, vis-à-vis de la personne. L'exécution du jugement pénal appartient à l'État : elle suppose toujours une astreinte personnelle. Le procès pénal n'est donc qu'un incident préalable dans l'exercice du droit de punir, et le jugement qui le termine n'a son importance et sa fonction que dans l'acte même d'exécution. La peine prononcée ne tire, en effet, sa valeur réelle que du système pénitentiaire, organisé pour la subir. La question d'exécution pénale domine donc, par son importance, toute autre question : elle est, au point de vue de la lutte contre le crime par les moyens répressifs, le problème vers lequel tout converge et auquel tout aboutit. Aussi l'exécution du jugement pénal n'est pas une *question de procédure,* comme l'exécution du jugement civil : elle fait partie intégrante du droit pénal, dont le *droit pénitentiaire* n'est qu'un des aspects. Et comme « les tribunaux répressifs et « l'administration pénitentiaire concourent au même but et « que la condamnation ne vaut que par son mode d'exécution, « la séparation consacrée par notre droit moderne entre la « *fonction répressive* et la *fonction pénitentiaire* est irrationnelle et nuisible[10] ».

[9] L'école positiviste a mis particulièrement en relief ce point de vue. Nous verrons quelles conséquences doivent en résulter, particulièrement lorsque nous critiquerons l'unité de la justice pénale et de la justice civile sur laquelle repose notre organisation judiciaire. Voy. Ferri, *Sociologia criminale,* nos 79 à 84, p. 777 à 826 (4e édit.); Garofalo, *Criminologia,* p. 387 à 397.

[10] C'est la formule même, d'un article du premier programme de l'*Union internationale du droit pénal,* II, § 5. On sait que l'un des moyens préco-

Digitized by Google

5. Les qualités idéales d'une loi de procédure sont : la *simplicité*, la *rapidité*, l'*équité*. L'organisation de la procédure doit être d'autant plus simple que sont simples les règles de la logique auxquelles elle correspond. La *célérité* est une qualité qui est la conséquence de la simplicité. En cas de condamnation, plus la peine est voisine du délit, plus la répression est efficace et exemplaire. En cas d'acquittement, plus la procédure est expéditive, moins le procès est dommageable pour l'innocent. D'ailleurs, les lenteurs, dans la marche du procès, sont une des causes principales des insuccès judiciaires. Les lenteurs dépendent, en partie, des lois, en partie, des hommes : à ce point de vue même, les lois peuvent exercer une salutaire influence par leurs prescriptions et leurs exigences. Mais la simplification et la célérité ne sauraient être recherchées ni acquises au dépens de la *justice*, qui est ici réalisée par l'équilibre entre les deux intérêts fondamentaux de la procédure, équilibre sans lequel on ne peut atteindre les fins pour lesquelles la procédure est instituée.

6. La marche naturelle du procès pénal implique l'étude de questions nombreuses qu'on peut grouper sous les idées ou conceptions suivantes :

a) L'idée de l'*action*, c'est-à-dire de l'activité qui va mettre en mouvement la machine judiciaire et lui donner, jusqu'au jugement, l'impulsion et la direction. En effet, le pouvoir de juger ne s'exerce pas d'office : pour être appelé à trancher une question, il faut d'abord qu'elle vous soit posée. Il est donc de règle, dans l'organisation judiciaire moderne, que le juge ne soit appelé à statuer que s'il est saisi et dans la mesure où il est saisi. Cette nécessité de l'exercice d'une action, pour mettre en mouvement le mécanisme judiciaire, implique

nisés dans ce but est le rattachement de l'Administration pénitentiaire au ministère de la justice. Voy. sur cette question : *Institutions pénitentiaires de la France en 1895*, p. 461 à 463; d'Haussonville, *Les établissements pénitentiaires de la France*, p. 33 et suiv.; Magnol, *De l'Administration pénitentiaire dans ses rapports avec l'autorité judiciaire et de son rattachement au ministère de la justice* (Th. doct., Toulouse, 1901).

Digitized by Google

l'existence d'agents et de procédés de poursuite. Le premier objet de la procédure pénale est d'en régler l'organisation et le fonctionnement.

b) L'idée de l'*instruction* et de la *preuve*, c'est-à-dire des procédés qui seront employés pour rechercher les délits et les délinquants et pour convaincre le juge de la culpabilité de l'accusé. C'est le fond même de la procédure pénale, dont toutes les règles sont dirigées vers ce but : obtenir, par des moyens légaux, la découverte des crimes et la punition des criminels. De la bonne ou de la mauvaise organisation de ces règles, dépend, avant tout, la sécurité de la société comme celle de l'individu.

c) L'idée de l'*ordre judiciaire*, c'est-à-dire de l'organisation et du fonctionnement des diverses autorités qui concourent à la répression. Cet ordre est partout en rapport avec l'organisation politique dont la justice est un élément.

d) L'idée de la *procédure* ou du *rite*, c'est-à-dire de la marche à suivre et des formalités à remplir pour obtenir, ce qui est le dernier mot du procès pénal, un jugement définitif et irrévocable. La *forme*, si critiquée ailleurs, est, ici, la garantie nécessaire de l'individu. Mais il ne faut pas que la loi sème la marche du procès de chausse-trapes et d'embûches et permette ainsi, à tout inculpé, de se réfugier dans le maquis de la procédure pour éviter ou tout au moins retarder le châtiment qui doit le frapper. C'est à ce point de vue qu'il appartient au législateur de garantir, dans les formes mêmes du procès, les principes de la libre et publique défense, sans oublier l'intérêt social qui exige la punition de tout délinquant.

e) L'idée de l'*exécution*, c'est-à-dire de la manière dont le jugement doit sortir effet en cas d'acquittement comme en cas de condamnation. Mais il faut observer que les conséquences de la chose jugée sont plutôt du domaine du droit pénal que du domaine de la procédure pénale, soit qu'il s'agisse de déterminer quels sont les effets d'un acquittement, soit qu'il s'agisse de faire exécuter une condamnation.

Digitized by Google

§ II. — LES DIVERS TYPES DE PROCÉDURE PÉNALE.

7. Des trois types de procédure pénale. — **8.** De la procédure accusatoire. Ses deux caractères principaux. — **9.** L'accusation. Par qui elle est exercée. — **10.** Le juge est un arbitre de combat. Double conséquence. Institution des juridictions populaires. Absence d'une procédure par défaut. — **11.** L'instruction dans le système accusatoire. — **12.** Procédés pour rechercher l'auteur d'un crime et le convaincre. Le flagrant délit. Les cojureurs. Les ordalies. La preuve par la bataille. — **13.** Champ d'action du système accusatoire dans le temps et l'espace. L'Angleterre est restée, dans les temps modernes, le conservatoire de cette procédure. — **14.** De la procédure inquisitoire. — **15.** Ses caractères principaux. — **16.** Le juge est un délégué du pouvoir, officier de justice et fonctionnaire permanent. — **17.** L'inquisition. — **18.** La torture. Son origine. Son extension. — **19.** Double contrepoids aux pouvoirs du juge. L'appel. Les preuves légales. — **20.** Le système inquisitoire dans le temps et dans l'espace. — **21.** Avantages et inconvénients des deux systèmes de procédure, accusatoire et inquisitoire. Système mixte. — **22.** Ce qui le caractérise. — **23.** Son évolution.

7. L'histoire de la civilisation présente, au point de vue de l'organisation et de la procédure répressives, un nombre limité de combinaisons; elles naissent successivement, dans un ordre historique qui correspond assez exactement à l'ordre logique de leur apparition. On distingue, en effet, trois types fondamentaux de procédure : le type *accusatoire*, le type *inquisitoire*, le type *mixte*. Chez presque tous les peuples, le droit criminel est parti de la procédure accusatoire pour aboutir à la procédure inquisitoire[1]. Mais une évolution en sens inverse se dessine : partout, on tend à rétablir, les garanties essentielles du système accusatoire, la *publicité* et la *contradiction*. La seule institution du système inquisitoire qui ait défié les critiques et qui soit plus puissante et plus générale que jamais est celle du *ministère public*.

§ II. [1] Les droits primitifs ont donné à la procédure la figure effective d'un combat. Comme toujours, ce qui devient simulacre commença par être une réalité, et il n'est nullement téméraire d'affirmer que les premiers moyens des plaideurs furent ce que sont encore aujourd'hui les derniers arguments des peuples, c'est-à-dire des coups. Voy. Beaudouin, *La participation des hommes libres au jugement dans le droit français* (*Rev. histor. du droit*, 1887-1888, p. 246 à 279); Ihering, *Esprit du droit romain*, t. I, p. 122, note 33.

Digitized by Google

8. Le système accusatoire a deux caratères principaux. Il correspond à la notion élémentaire du procès pénal qui n'est, tout d'abord, qu'un combat simulé entre deux adversaires, combat auquel le juge met fin en donnant tort à l'un ou à l'autre. Il implique, au début, la confusion des deux procédures, pénale et civile, lesquelles, engagées l'une et l'autre par action privée, se déroulent primitivement, dans les mêmes formes, devant les mêmes juges et tendent à obtenir les mêmes satisfactions. Peu à peu, sans doute, l'opposition des objets réclamés, amène, malgré l'identité des parties engagées dans l'instance, la séparation graduelle entre les procédés de l'instance pénale et ceux de l'instance civile. Mais dans le système accusatoire, la différence entre ces deux procès n'est jamais absolue et il y a réaction incessante de la peine sur l'indemnité et de l'indemnité sur la peine.

Voici quels sont les principes qui forment le fond de ce système de procédure.

9. L'accusation est librement exercée par tout citoyen, mais il n'y a pas de procès pénal sans un accusateur qui en prend l'initiative et la responsabilité. A ce point de vue, du reste, la mise en marche de la procédure appartient, tout d'abord, à la partie lésée; plus tard, quand le besoin et l'intérêt social de la répression se font sentir et que le droit pénal se détache du droit privé, on reconnaît, à tout membre du groupe dont fait partie la victime, la faculté de commencer la poursuite au nom de la collectivité. C'est le système de l'accusation populaire. On comprend ainsi, arrivé à cette période de la civilisation juridique, que l'accusation est une *fonction sociale*; mais on ne crée pas, pour l'exercer, des organismes permanents et officiels. Cette évolution des conceptions juridiques est le point de départ de la séparation qui ira, grandissante, entre les procédures pénale et civile. Dans les procès criminels, la société paraît intéressée à les intenter et à les poursuivre. Il n'est pas au pouvoir de la victime d'un délit ou de ses concitoyens, sans le secours de la force publique, d'empêcher que le malfaiteur, enhardi par l'impunité, ne commette bientôt de nou-

Digitized by Google

veaux crimes. L'exercice de l'action sociale ou publique se justifie donc en matière criminelle : mais il serait inefficace ou excessif en matière civile. Sans doute, il peut être utile, au point de vue social, que la propriété soit respectée, les contrats maintenus, les préjudices réparés. Mais le moyen le plus sûr, pour atteindre ce résultat, est de laisser la liberté aux particuliers en leur donnant accès devant les tribunaux pour y débattre et y faire reconnaître leur droit[2]. L'action civile est donc exercée au nom de l'intérêt privé; l'action pénale, au nom de l'intérêt public. Dans l'une, l'initiative du procès doit appartenir exclusivement à la partie qui se plaint d'un tort personnel; dans l'autre, au représentant de l'intérêt général. Cette distinction devient fondamentale dans tout système de procédure. Le jour où cette évolution est accomplie, la procédure criminelle présente les caractères suivants : — Recherche et poursuite des faits délictueux par les représentants de la société; — Jugement par les représentants de la société; — Peine publique.

Mais, avant d'aboutir à cette conception, qui est celle des peuples civilisés, bien des étapes sont successivement parcourues.

10. Les coutumes primitives ont un minimum d'exigence et d'idéal : elles se contentent d'éviter, dans la mesure du possible, le recours à la *force brutale*. Elles se considèrent comme ayant remporté une grande victoire sur l'instinct de la vengeance individuelle, quand elles ont imposé à l'offensé l'obligation de respecter certaines formes et certains délais dans l'exercice de son droit, et l'ont contraint, en cas de doute, à se soumettre à un arbitrage[3]. C'est que, en effet, le juge est, à l'origine, un *arbitre de combat;* il doit être choisi ou, tout ou moins, accepté par les deux parties. Aussi, retrouve-t-on, chez presque tous les peuples qui pratiquent le système

[2] La différence entre le procès pénal et le procès civil, à ce point de vue, a été bien mise en relief par Tarde, *Philosophie pénale*, p. 422 et 423.

[3] Summer Maine, *De la codification d'après les idées antiques*, p. 13.

Digitized by Google

accusatoire, soit le principe du jugement par les pairs de l'accusé, soit l'absence d'une procédure par défaut.

La première institution, le jugement par les pairs de l'accusé, par les hommes de sa tribu et de sa race, a toujours été considérée, dans les sociétés primitives, comme la meilleure garantie d'une justice impartiale; elle porte le procès devant des arbitres, sans prévention, qui le jugeront souverainement, sous la seule inspiration de leur raison et de leur conscience. Des deux questions de fait qui se posent dans le procès pénal, l'une, la question de savoir si l'accusé est l'auteur du crime, a le caractère d'une question de conviction, l'autre, celle de savoir dans quelle mesure l'accusé en est moralement responsable, est une question de dosage de culpabilité : des juges populaires sont en état de les résoudre l'une et l'autre. La solution de ces questions n'exige pas, en effet, des connaissances juridiques spéciales.

La nécessité de la présence des parties dérive, à l'origine, du caractère même du procès, qui est une lutte simulée : tout combat suppose, en effet, la présence de deux combattants. Peu importe qu'il n'y ait plus qu'un symbole. La forme l'emporte sur le fond. Plus tard, une autre idée se mêle à la première et donne, à cette règle des droits primitifs, une nouvelle justification : le juge est un arbitre, il doit être accepté, tout au moins tacitement, pour être régulièrement constitué dans son pouvoir. La grande préoccupation à cette époque, c'est de contraindre l'accusé à subir le jugement : la mise hors la loi du défendeur récalcitrant est le procédé énergique dont on se sert dans ce but, à défaut de tout moyen direct de contrainte, et vu l'impossibilité de rendre le jugement. L'accusé qui ne se présente pas est traité en « *outlaw* » et non en condamné[4].

11. Le juge, dans le système accusatoire, ne peut procéder, de sa propre initiative, ni pour se saisir ni pour s'éclairer; son

[4] Voy. Molinier, *Mort civile*, p. 18; Du Boys, *Hist. du droit crim. des peuples modernes*, t. 1, p. 122.

Digitized by Google

rôle consiste à répondre aux questions qui lui sont posées, à examiner les preuves produites devant lui, et à se décider sur ces preuves. Il assiste en témoin à la lutte; il dirige le combat pour qu'il soit et reste loyal; il dit quel est le vainqueur : mais, à aucun moment de la procédure, il ne prend un rôle actif, soit pour poursuivre, soit pour enquérir.

L'instruction a trois caractères essentiels : elle est *contradictoire*, *orale*, *publique*. Les adversaires sont mis en présence dans un débat qui a lieu au grand jour. Chacun d'eux produit librement ses moyens de preuve, et l'instance ressemble à un duel à armes égales et loyales.

12. Les procédés employés pour rechercher l'auteur d'un crime et démontrer sa culpabilité sont en rapport direct avec les préjugés ou, si l'on veut, avec les croyances de l'époque.

L'effort principal de la poursuite porte sur la constatation du flagrant délit : dans les procédures primitives, le flagrant délit apparaît, en effet, comme l'hypothèse normale de la répression : le sentiment de vengeance, qui inspire la pénalité, est, dans ce cas, plus ardent; la culpabilité, qu'il faut établir, est alors moins douteuse. Hors le cas de flagrant délit, si l'accusé n'avoue pas, c'est à lui, par un renversement de la preuve, qu'il appartient d'affirmer son innocence, en prêtant le serment juratoire, et en le faisant appuyer par le nombre de cojureurs que fixe la coutume. C'est là le mode de preuve normal; il constitue un droit pour l'accusé : mais il peut être écarté dans certains cas, et alors interviennent des *épreuves* par lesquelles on fait appel au jugement de la divinité. Ces épreuves sont de deux sortes. Dans les unes, ne figure que l'une des parties, ordinairement l'accusé; pour citer les plus répandues, c'est l'épreuve du fer rouge, celle de l'eau bouillante, celle de l'eau froide; dans les autres, les deux parties jouent un rôle actif; c'est le duel judiciaire et l'épreuve de la croix [5]. Ce système n'est point spécial aux

[5] Dans notre pays, les ordalies par l'eau bouillante, le fer rouge, l'eau froide, fréquemment usitées sous les mérovingiens, deviennent rares dès le commencement de la deuxième race.

Digitized by Google

coutumes germaniques, il caractérise, non une race déterminée, mais un certain degré de civilisation[6]. Dans la phase mythologique de l'esprit humain, on a questionné la divinité sur la culpabilité ou l'innocence, comme on la questionnait sur le sort d'une bataille. Il y a correspondance, à ce point de vue, entre les idées et les institutions. Le même esprit qui permet à la divination par les augures et les sorciers de se répandre, conduit à l'usage et à la diffusion de l'instruction criminelle par les ordalies[7] et le combat judiciaire[8].

13. Le système accusatoire, précisément parce qu'il symbolise et régularise le combat primitif, apparaît tout d'abord dans l'histoire de la civilisation juridique. On en retrouve l'origine dans les législations orientales; on le voit prendre une forme précise dans les législations grecque et romaine; puis décliner et disparaître avec la liberté, au temps du Bas-Empire. Après la chute du monde romain, nous le retrouvons, avec des formes grossières et rudes, organisé par les coutumes germaniques et féodales; et tandis que, à l'époque

[6] On retrouve le serment juratoire et les ordalies dans l'antiquité grecque (Esmein, *Mélanges*, p. 240 et suiv.; Sophocle, *Antigone*, vers 264); chez les Indous (Lois de Manou, trad. Loiseleur-Deslongchamps, t. 8, 109, 113-116). Ce système fonctionne encore aujourd'hui chez un grand nombre de peuples sauvages (Kohler, *Studien über Ordalien der Naturvölker*, dans *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, t. 5, p. 368 et suiv., et t. 4, p. 365 et suiv.). Voy. sur le caractère des ordalies dans les coutumes celles : H. d'Arbois de Jubainville, *Études sur le droit celtique*, t. 1, p. 50.

[7] Voy. sur ce point, Tarde, *Philosophie pénale*, p. 424; Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, p. 98.

[8] D'Arbois de Jubainville (*op.* et *loc. cit.*) a démontré, du reste, que le duel conventionnel chez les Celtes, comme chez les vieux Romains (combat des Horaces), dans l'Iliade (duel d'Ajax contre Diomède), et dans l'épopée de Thèbes, est inspirée par une conception tout autre que le duel judiciaire du moyen âge. Comme ce dernier, il intervient en matière litigieuse; mais la notion de justice divine en est absente. Ni les Celtes, ni les héros d'Homère, ni les Horaces et les Curiaces ne songent à une intervention de la divinité pour faire triompher le bon droit. Le duel n'est pour eux qu'une imitation de la guerre privée.

Digitized by Google

moderne, il disparaît sur le continent européen, il se conserve en Angleterre et aux États-Unis[9].

C'est en Angleterre que, dès la fin du XVIII[e] siècle, l'Europe ira, par une sorte de retour ancestral, rechercher et retrouver le modèle de cette procédure archaïque, à laquelle on sacrifiera quelques-unes des meilleures créations du génie français, telles que le ministère public.

14. Le système de procédure dit *inquisitoire* est plus scientifique et plus complexe : il s'adapte, mieux que le précédent, aux nécessités de la répression sociale. Ses deux traits dominants sont, l'*enquête secrète* pour découvrir le coupable, et l'*emploi de la question*, pour obtenir son aveu. Mais ce type de procédure comprend un ensemble d'institutions appropriées, qu'il ne faut pas isoler, car elles s'expliquent les unes par les autres et se coordonnent les unes avec les autres.

15. La recherche et la poursuite du coupable ne sont plus abandonnées à l'initiative des parties privées. C'est le pouvoir social qui procède *d'office* aux actes nécessités par cette double fonction. Il crée des organismes pour enquérir, comme il en crée pour accuser. Sans doute, les institutions, qui correspondent à ces phases nécessaires du procès pénal, ne sont pas nées en un jour : leur origine est aussi obscure que leur développement est incertain. Nous ne prétendons constater ici que le point d'arrivée de l'évolution juridique : la transformation du caractère de l'*instruction* et de celui de la *poursuite*.

[9] Cfr. Seymour-Harris, *Principii di diritto e procedure penale Inglese* (Traduction de Bertola), Verone, 1898 ; Fournier, *Code de procédure criminelle de l'État de New-York, Introduction sur la procédure criminelle aux États-Unis* (Paris, Larose, 1893). Mais, aux États-Unis, il existe un ministère public. L'insécurité et l'impunité, résultant dans un pays neuf et formé d'éléments si divers, du système de poursuite anglais qui abandonne la répression à l'initiative des citoyens, ont fait comprendre, aux États-Unis, la nécessité de confier à un fonctionnaire spécial le soin de poursuivre la répression.

Digitized by Google

16. Un phénomène intéressant de l'évolution sociale et politique se produit d'abord quant au fait et au droit de juger. Ce qui était le droit et la fonction de tous devient le droit et la fonction de quelques-uns : le pouvoir de juger tend à se spécialiser. Il tend aussi à s'imposer. L'arbitre primitif change de caractère. Le juge, délégué par le pouvoir et non plus choisi par les parties, s'impose et ne se propose plus au délinquant : il devient le représentant du chef qui a seul le droit de rendre la justice. Son caractère change ainsi à un double point de vue. — C'est un *officier de justice*, investi d'une fonction sociale, et choisi, à raison du caractère scientifique du procès pénal, parmi les hommes qui ont étudié les lois, les légistes. — C'est un *fonctionnaire permanent*, chargé de juger tous les procès du même genre. D'abord itinérants comme disent les textes, les juges se fixent plus tard dans certaines contrées qui deviennent ainsi des sièges de justice. C'est là que se créent et se développent, avec la jurisprudence, les sciences pénales. On recueille d'abord les coutumes ; on les fixe par l'écriture. Des manuels de pratique judiciaire sont composés et servent de guides aux professionnels. Puis, la science se crée, avec le développement de l'esprit d'observation et de critique.

17. L'examen du juge n'est pas limité aux preuves produites devant lui : le magistrat procède d'office, et suivant certaines règles, à l'instruction (*inquisitio*), c'est-à-dire à toute recherche de preuves admises par la loi.

Cette instruction, écrite et secrète, n'est pas contradictoire : le duel loyal entre l'accusateur et l'accusé est remplacé par l'attaque insidieuse du juge. Un nouveau moyen d'instruction, plus atroce peut-être mais plus logique que les ordalies, la torture, pénètre et s'infiltre, des cours supérieures de justice, jusqu'aux tribunaux inférieurs. L'aveu de l'accusé ayant acquis une influence prépondérante, la méthode par excellence pour arracher cette preuve, paraît être la *question* par le chevalet, le brodequin ou l'eau.

18. La torture est une institution d'origine romaine. Sans

Digitized by Google

doute, sous la République et au commencement de l'Empire, les citoyens romains y échappaient. Seuls y étaient exposés : l'esclave quand il était accusé[10] ou simplement appelé en justice, et le provincial. Mais l'usage s'introduisit, aux premiers temps de l'Empire, de soumettre, à ce procédé d'instruction, les citoyens romains accusés de lèse-majesté. Puis, la torture devint d'une application si générale que les textes recommandent aux juges de ne pas commencer par là l'instruction et de recueillir d'abord des indices[11]. Il n'est donc pas étonnant que la diffusion de la torture coïncide, dans l'histoire moderne, avec l'exhumation du droit romain, à demi oublié, par les criminalistes de l'école de Bologne. C'est à partir de la fin du XII[e] siècle, en effet, que la transformation de la procédure, par la substitution de la torture aux ordalies, commence à se manifester. Depuis lors, aucun pays de l'Europe n'a échappé à la contagion[12]. A la fin du XIV[e] siècle, la torture est devenue d'un usage général. C'est, en quelque sorte, une des institutions fondamentales de l'ancienne procédure criminelle.

19. Deux institutions, destinées à limiter le pouvoir du juge, celle de l'appel et celle des preuves légales, trouvent leur origine dans la procédure inquisitoire dont elles forment deux traits caractéristiques.

L'appel est le droit de porter à nouveau, devant un juge supérieur, la cause déjà tranchée par le juge inférieur. La conception de l'appel est étrangère à la justice exercée par les pairs de l'accusé : elle répugne d'abord à la notion populaire de l'infaillibilité judiciaire ; si le premier juge a pu se tromper, pourquoi le second ne se tromperait-il pas? Elle

[10] Esmein (*Cours élémentaire d'histoire du droit français*, p. 36) a fait observer que « l'antiquité n'a jamais admis le témoignage de l'esclave « sans le contrôler pour ainsi dire par la torture ».

[11] L. 11, C. IX, 41.

[12] Voy. Tarde, *Philosophie pénale*, p. 430. Cfr. Molinier, *La torture* (Toulouse, 1879). Extrait du *Recueil de l'Académie des sciences, inscriptions et belles-lettres de Toulouse*.

Digitized by Google

suppose, du reste, des tribunaux hiérarchisés ; les juges populaires doivent être souverains, chacun dans les limites de sa compétence. Aussi, l'appel, tel que nous l'entendons aujourd'hui, n'existait pas sous la République romaine, il fit son apparition sous l'Empire.

La procédure, soit germanique, soit féodale, essentiellement coutumière, ignora cette voie de recours[13]. Mais avec la reconstitution de la souveraineté et de la hiérarchie au profit de la royauté, l'appel s'introduisit dans les juridictions séculières sous l'influence grandissante du droit romain et du droit canonique.

La procédure inquisitoire et secrète conduisit, comme un contrepoids nécessaire, dans l'intérêt même de la défense, à organiser un système de *preuves légales*. Pour que le juge condamne, il faut qu'il réunisse certaines preuves déterminées d'avance ; mais d'autre part, s'il réunit ces preuves, il doit nécessairement condamner : peu importe, dans l'une ou l'autre hypothèse, son intime conviction. Ce système, en rendant plus difficile la condamnation, amène, par une conséquence fatale, à resserrer, de plus en plus, les mailles de la procédure criminelle. Il y a là un double mouvement qui, à certains points de vue, aggrave, et qui, à d'autres, améliore la situation du délinquant.

20. Le système inquisitoire est contenu, en germe, dans les dernières institutions de l'empire romain : il s'accommode bien, en effet, d'un pouvoir centralisateur et despotique.

La torture, comme procédé de recherche et de preuve, a été appliquée notamment à cette époque ; et, plus tard, le foyer de la contagion, qui envahira l'Europe, sera un coin de l'Italie d'où, vers le milieu du XII^e^ siècle, l'exhumation du droit romain jettera le trouble, en même temps que l'enthousiasme, dans tous les tribunaux féodaux.

[13] L'appel de défaut de droit et l'appel de faux jugement sont des institutions spéciales de la procédure féodale qui n'offrent, avec l'appel moderne, qu'une analogie de nom.

Digitized by Google

L'Église a pu fournir aux juridictions laïques, dans les conditions où fonctionnaient ses tribunaux ecclésiastiques, une leçon et un modèle : elle a préparé, par son exemple, la substitution, achevée au XVI^e^ siècle, dans tous les pays de l'Europe, de la procédure inquisitoire à la procédure accusatoire[14]. C'est dans la seconde moitié du XIII^e^ siècle, que l'influence du droit romain et du droit canonique amène la formation de cette nouvelle procédure qui répudie les tendances germaniques, pour s'inspirer presque exclusivement des deux législations savantes de l'Europe, le droit romain et le droit canonique.

21. Chacun de ces deux types de procédure, le type accusatoire et le type inquisitoire, a ses qualités et ses défauts : aucun ne contient, en lui-même, les garanties nécessaires à l'administration de la justice criminelle. Dans la procédure accusatoire, la poursuite et la recherche des délits sont complètement abandonnées à l'initiative des particuliers, initiative qui peut sommeiller par inertie, crainte ou corruption. Les chances d'impunité, conséquences de ce système, sont encore accrues, soit par la publicité qui existe à toutes les phases de la procédure, soit par la nécessité où se trouve le juge de limiter son examen aux seules preuves qui lui sont fournies par l'accusation. Mais, d'un autre côté, la procédure inquisitoire a des vices bien graves : c'est la poursuite et la recherche des délits exclusivement confiées aux agents du pouvoir ; c'est cette atmosphère de secret et, par suite, de suspicion, au milieu de laquelle se déroule le procès ; c'est enfin, cette absence de contradiction sérieuse entre l'accusation et la défense.

[14] Ce système, employé d'abord pour les poursuites contre l'hérésie, ensuite pour tous les crimes, est devenu, sous le nom de procédure à l'extraordinaire, le système de droit commun en vigueur devant les juridictions royales pour la poursuite des grands crimes jusqu'en 1789. Voy. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 1, n^os^ 206, 207 et 208; Léo, *Histoire de l'inquisition au moyen âge* (trad. par Salomon Reinach, Paris, 1900), liv. I, ch. IX à XII, t. 1, p. 399 et suiv.; Tanon, *Histoire de l'inquisition, passim.*

Digitized by Google

Aussi le progrès, dans la voie de la civilisation juridique, consiste à emprunter à chacun de ces types de procédure leurs meilleurs éléments et à organiser un type mixte dont une partie de la procédure est empruntée au système inquisitoire et dont l'autre reprend toutes les garanties et toutes les qualités du système accusatoire.

22. Ce type mixte se caractérise par les traits suivants que l'on retrouve dans la plupart des systèmes de procédure des nations européennes et que le Code d'instruction criminelle français de 1808, dont l'influence en Europe a été si grande, est venu, pour la première fois, systématiser et formuler.

Les juges de la culpabilité n'ont pas l'initiative du procès, ils ne peuvent se saisir d'office : il faut donc qu'une accusation se produise : mais le droit d'accuser est confié à des fonctionnaires spéciaux qui exercent ainsi un *ministère public* et dont les parties privées ne doivent être, en principe, que les auxiliaires.

Le jugement est confié à des magistrats et à des jurés. Le mode et les conditions de participation des uns et des autres à l'administration de la justice criminelle varient, du reste, suivant les pays.

La procédure se dédouble en deux phases : l'instruction préliminaire, confiée à des magistrats et aboutissant à une décision préparatoire ; l'instruction définitive devant la juridiction même qui statue sur le procès. La première a un double caractère : elle n'est ni contradictoire ni publique. La seconde admet les deux principes de la contradiction et de la publicité.

On ne demande plus compte au juge des moyens par lesquels ils se sont convaincus. Et si la recherche et l'administration des preuves sont soumises à des règles légales, leur force probante n'est plus mesurée à l'avance et la solution du procès dépend de l'intime conviction des juges.

23. Comme tout système éclectique, cette procédure demande, dans l'application, une concentration d'efforts et de

Digitized by Google

bonne volonté qui paraît lui avoir quelquefois fait défaut.

D'un côté, les magistrats, les professionnels, auxquels on a donné l'initiative et la direction du procès, ont manifesté, pour le concours des citoyens, un sentiment d'extrême méfiance, et, depuis 1810, on a vu s'accentuer et s'accélérer, avec des vitesses qui, depuis quelques années, n'ont fait que s'accroître, un retour à la conception du magistrat professionnel. D'un autre côté, au désir de la magistrature de reprendre tous ses pouvoirs, a malheureusement correspondu, chez la plupart des citoyens, le dégoût des obligations civiques, la volonté ferme de s'y soustraire. La fonction de juré a été considérée comme une corvée par ceux-là mêmes qui étaient le mieux en mesure de la remplir.

Cette situation n'est pas particulière à la France. Elle se présente dans tous les pays où a été importé ce système mixte de procédure.

§ III. — LA PROCÉDURE CRIMINELLE FRANÇAISE ACTUELLE.

24. La procédure criminelle française, telle qu'elle est, aujourd'hui, en vigueur, se rattache au type mixte. Quatre conceptions essentielles la dominent. — **25.** Unité de la justice civile et de la justice pénale. — **26.** Division des fonctions et du travail. — **27.** La division des juridictions et des autorités pénales correspond à la division des infractions. — **28.** Ces juridictions et ces autorités fonctionnent pour toutes les personnes et pour tous les délits.

24. C'est au type mixte que se rattache le système français.

L'organisation judiciaire et la procédure actuelles sont dominées par quatre idées fondamentales.

25. L'*unité de la justice civile et de la justice pénale*, unité qui signifie que les mêmes tribunaux connaissent des matières civiles et des matières pénales. Cette unité existe : 1° en la personne du garde des sceaux, chef suprême de l'une et de l'autre justice ; 2° du juge de paix, qui fonctionne avec diverses attributions civiles, et qui, en matière pénale, est, tout à la fois, officier de police judiciaire et juge de police ; 3° du procureur général et du procureur de la République qui tien-

Digitized by Google

nent le siège du ministère public devant l'une et l'autre justice. Cette unité se réalise : 4° dans le tribunal de première instance qui fournit le juge d'instruction et forme le tribunal correctionnel du premier degré ; 5° dans la cour d'appel, dont deux chambres, la chambre correctionnelle et la chambre des mises en accusation, fonctionnent en matière pénale, et dont les membres participent au jugement des crimes, par la présidence et la direction du jury.

Cette unité de la justice civile et de la justice pénale n'implique qu'une *unité d'organisme* et non une *unité de procédure*. La séparation des procédures civile et pénale est, au contraire, un principe essentiel de la législation française. Chacune de ces procédures a son code spécial. Cet ouvrage étant consacré à la procédure pénale, nous n'étudierons les particularités de l'organisation judiciaire que dans la mesure restreinte où elles se rapportent à cette procédure. Nous supposons connue l'organisation judiciaire française[1].

L'unité de la justice civile et pénale est rompue par l'institution du jury qui appelle de simples citoyens à participer au jugement des crimes. Dans les procès civils, il n'y a pas de jury[2], sauf en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, où des citoyens sont appelés, en cas de désaccord, à fixer l'indemnité qui est due à l'exproprié.

26. Cette organisation est dominée par le *principe de la division du travail*. Le fonctionnement de la justice pénale implique l'organisation d'autorités distinctes pour exercer les fonctions de *poursuite*, d'*instruction*, de *jugement* et d'*exécu-*

§ III. [1] Nous renvoyons, sur ce point, au *Traité théorique et pratique de procédure* de M. Garsonnet (2e édit., 1898-1904, 8 vol. in-8°, revue et corrigée par Charles Cézar-Bru). Le tome I, jusqu'à la page 473, est consacré à l'organisation judiciaire.

[2] C'est dans la séance du 30 avril 1790, après de longs débats et sur les instances de Thouret et de Tronchet, que l'Assemblée constituante s'est prononcée contre l'établissement du jury civil demandé par Duport. Depuis, la question a été reprise au point de vue scientifique; mais, au point de vue pratique, elle peut être considérée comme enterrée. Voy. Garsonnet, *op. cit.*, t. 1, § 43, p. 83 à 88.

Digitized by Google

tion. Et la loi décide que, par voie d'incompatibilité, les agents qui exercent l'une de ces fonctions ne pourront, sauf dans des cas exceptionnels, empiéter sur d'autres fonctions. En effet, les autorités, qui concourent à la mise en œuvre de la loi pénale, sont : 1° les *officiers de police judiciaire*, chargés des actes de recherche et d'instruction préalables au procès ; 2° les *juridictions d'instruction*, statuant, à la suite de l'information, sur la mise en prévention ou en accusation des inculpés et réglant la compétence en cas de poursuite ; 3° les *juridictions de jugement*, statuant sur les procès, c'est-à-dire sur la culpabilité des prévenus et accusés, et prononcant les peines ; 4° les *officiers du ministère public*, chargés de provoquer, par voie d'action ou de réquisition, le fonctionnement de ces diverses autorités et chargés également de faire exécuter leurs décisions.

Les fonctions de la *police judiciaire* et du *ministère public*, qui consistent principalement à *agir*, sont exercées par des *individus*, placés sous les ordres et la surveillance de supérieurs hiérarchiques. Les fonctions de *juridiction*, qui consistent à délibérer et à juger, sont, en général, confiées à des *corps collectifs*, dont les décisions peuvent être réformées ou annulées, mais qui n'ont d'ordre à recevoir de personne sur la manière de remplir leur mission. Les officiers de police judiciaire et les membres du ministère public dépendent du pouvoir exécutif qui peut les révoquer ou les déplacer *ad nutum*. Les juges, au contraire, sont, en principe, inamovibles.

La procédure pénale officielle a trois phases successives : elle débute par l'exercice d'une *action*, elle se continue par une *instruction*, elle se termine par un *jugement*.

Mais, pour que la loi pénale soit appliquée, il faut, tout d'abord, que la perpétration du délit ait été constatée. L'autorité doit donc rechercher les crimes, les délits et les contraventions, s'assurer, s'il y a lieu, de la personne des inculpés et les livrer aux tribunaux chargés de les punir. La puissance publique, qui a cette mission, est la *police judiciaire*. On l'oppose à la *police administrative* qui a pour objet de maintenir l'ordre et, particulièrement, de prévenir

Digitized by Google

les infractions. La police judiciaire fait partie de la justice : elle recherche les délits que la police administrative n'a pu empêcher; elle prépare et facilite l'action des tribunaux de répression. Son intervention précède le premier exercice de l'action publique. La loi a déterminé et organisé la police judiciaire, mais elle s'est abstenue d'imposer à son action des formalités et une procédure qui auraient pu la gêner. A cet égard, il faut séparer l'enquête préalable et officieuse, conduite par la police, d'avec l'instruction proprement dite, confiée à la justice. Mais comme il y a identité dans le but des deux institutions et le fonctionnement des deux rouages, on voit la police faire de l'instruction et le juge d'instruction faire de la police.

L'action publique est confiée, dans sa plénitude, à des agents officiels qui remplissent, auprès des diverses autorités pénales, les fonctions du ministère public. Ils sont chargés d'accomplir tous les actes nécessaires pour obtenir la prononciation d'une peine contre l'auteur d'une infraction. La victime de l'infraction, à laquelle est reconnu le droit exclusif de demander la réparation civile du préjudice souffert, a accès, pour obtenir des dommages-intérêts, auprès des tribunaux de répression, soit par voie d'intervention, soit par voie d'action. Mais le procès civil ne peut être jugé par ces juridictions qu'accessoirement au procès pénal. C'est la règle fondamentale qui conditionne et limite le droit de la partie lésée,

Du reste, l'affaire ne se présente pas toujours devant les juridictions chargées de prononcer la peine, sans autre instruction préliminaire que celle faite officieusement par les agents de la police judiciaire. En matière criminelle, il y a toujours lieu et, en matière correctionnelle, il peut y avoir lieu à une *instruction officielle, préparatoire au procès pénal,* à laquelle des juridictions spéciales, dites juridictions d'instruction, donnent une solution, en autorisant le procès ou en l'empêchant. Cette instruction est confiée au procureur de la République et au juge d'instruction. Le premier de ces magistrats a le droit de rechercher et de poursuivre les crimes et les délits commis

Digitized by Google

dans l'arrondissement; mais il n'a pas le pouvoir, dans les cas ordinaires, de faire des actes tendant à rassembler les preuves, ni celui d'ordonner l'arrestation et la détention des inculpés. Ces attributions appartiennent au juge d'instruction qui, de son côté, n'a pas le droit de se saisir d'office, c'est-à-dire de commencer l'instruction sans en être requis par le procureur de la République. Toutefois, la règle de la séparation entre les fonctions d'instruction et les fonctions de poursuite reçoit une exception notable en cas de crimes ou délits flagrants, ou autres qui y sont assimilés. Le procureur de la République peut commencer lui-même l'instruction, sans attendre le juge, et celui-ci peut l'ouvrir sans en être préalablement requis par le procureur de la République.

L'instruction préalable avait, il n'y a pas longtemps, trois caractères qui dérivaient de la procédure inquisitoire : elle était *secrète* et *écrite,* et elle *n'était pas contradictoire.* L'un de ces caractères, le plus critiquable, le dernier, a été profondément modifié, par la loi du 8 décembre 1897, uniquement dans la phase de l'instruction préparatoire officielle qui a lieu devant le juge d'instruction et dans les cas ordinaires. Deux réformes principales ont été accomplies qui ont complètement changé la physionomie de la procédure d'instruction. D'une part, c'est l'obligation, pour le juge, dès son premier contact avec l'inculpé, d'avertir celui-ci du droit qui lui appartient de ne faire de déclaration qu'en présence de son défenseur. D'autre part, c'est l'assistance, aux interrogatoires et aux confrontations, d'un défenseur auquel doivent être communiqués les actes principaux de la procédure et qui peut prendre connaissance du dossier.

L'instruction préalable n'est pas destinée à servir de base à la conviction du juge qui statue sur la culpabilité. Elle permet seulement aux juridictions d'instruction de se prononcer sur le point de savoir s'il y a lieu de faire le procès et, dans ce cas, de régler la compétence. L'inculpé n'est pas, en effet, immédiatement traduit devant la juridiction chargée, de l'acquitter s'il est innocent, de le condamner s'il est coupable. L'intérêt de la société et celui de l'inculpé exigent que la com-

Digitized by Google

parution en justice n'ait lieu que lorsque l'inculpation repose sur des charges suffisantes. Aussi, la loi confère à des autorités, intermédiaires entre les agents chargés d'instruire et les agents chargés de juger, l'examen des charges et le règlement de la compétence. Ces autorités, remplissant les fonctions de *juridictions d'instruction*, sont le juge d'instruction au premier degré, et la chambre des mises en accusation au second. Cette procédure des mises en accusation, qui est obligatoire en matière criminelle, entraîne quelques lenteurs qui ne sont peut-être pas compensées par les garanties qu'elle donne à l'accusé. Néanmoins, elle a passé dans un grand nombre de codes, et ce n'est que dans le dernier tiers du XIX^e^ siècle, que le principe obligatoire et absolu du contrôle de l'accusation par le pouvoir judiciaire, a été battu en brèche et abandonné par le Code de procédure autrichien de 1873 et les législations qui s'en sont inspirées.

Quand le procès est engagé devant les juridictions de jugement, la procédure change de caractère et emprunte ses traits essentiels au système accusatoire. Les trois principes de la *contradiction*, de l'*oralité* et de la *publicité*, dominent le débat. Les notes de police et le dossier de l'instruction préalable ne peuvent être consultés qu'à titre de renseignements, car c'est sur l'instruction orale, contradictoire et publique, que le juge forme son intime conviction, seule base de sa décision.

27. La division des juridictions et des autorités pénales correspond à la division des infractions en trois groupes (C. p., art. 1). Il existe, en effet, trois catégories de tribunaux entre lesquels se répartit le jugement des procès répressifs : les cours d'assises, qui jugent les crimes; les tribunaux correctionnels, les délits; les tribunaux de police, les contraventions. Chacun de ces tribunaux est investi de la plénitude du pouvoir judiciaire pour la répression des infractions qui lui sont attribuées : il exerce, par rapport à ces infractions, la juridiction ordinaire dans sa plénitude. Les diverses autorités, concourant à la répression, évoluent autour de ces trois ordres

Digitized by Google

de tribunaux : autorités d'action, d'instruction, d'exécution.

28. Ces autorités fonctionnent *pour toutes les personnes* et *pour tous les délits*. Il n'y a pas deux justices : l'une de droit commun; l'autre d'exception. Une des plus odieuses institutions de l'ancien régime, les tribunaux spéciaux, un moment ressuscitée par la loi du 16 pluviôse an IX, par le Code d'instruction criminelle de 1808 et par l'institution des cours prévôtales de 1815, n'existe plus qu'à l'état de souvenir historique : l'article 54 de la Charte de 1830 en a rendu, à tout jamais, le retour impossible. Sans doute, les militaires et marins, tant qu'ils sont soumis aux devoirs de leur état, ont une situation exceptionnelle, et leurs crimes et délits ressortissent aux tribunaux militaires; mais c'est là, en quelque sorte, le droit commun de l'armée, par laquelle passent aujourd'hui tous les citoyens. Il est même question de supprimer, en temps de paix, ces juridictions d'exception.

§ IV. — DES ORIGINES HISTORIQUES DE LA PROCÉDURE CRIMINELLE FRANÇAISE.

29. Des trois sources de la procédure criminelle française et de son évolution. — **30**. Double tendance : augmenter les garanties de l'inculpé; renforcer la défense sociale. — **31**. Cette double tendance correspond au mouvement scientifique des deux écoles rivales, l'école classique, l'école nouvelle. — **32**. Division.

29. Cette procédure, dont nous venons d'esquisser les grandes lignes, plonge, par ses racines les plus profondes, dans les trois couches successives, romaine, germanique et canonique, sur lesquelles se sont développées toutes nos institutions juridiques.

Le premier élément que lui apporte l'histoire, c'est l'élément germanique. Jusqu'au XIII^e^ siècle, la procédure est bien plus uniforme que le droit. Elle est publique, orale, rigoureusement formaliste, et elle n'emploie guère que la preuve par cojurateurs ou par bataille. Les anciennes ordalies par l'eau bouillante, le fer rouge, l'eau froide, en faveur sous les mérovingiens, sont vite tombées en désuétude. Telle est la pre-

Digitized by Google

mière phase. Mais sous la pression de causes diverses, la procédure accusatoire des peuples de race germanique devient inquisitoriale, écrite et secrète, en s'inspirant des deux législations savantes de l'Europe, le droit romain et le droit canonique. Une ordonnance de saint Louis, que l'on date communément de l'année 1260, mais qui est probablement antérieure, seconde ce mouvement, en substituant, dans les domaines de la couronne, la *procédure par enquête*, à la preuve *par gage de bataille*. Le roi ne pouvait mettre « coustumes ou ban » en la terre de ses barons sans leur assentiment. Aussi, les justices seigneuriales se montrent réfractaires à cette substitution, et les gentilshommes persistent à vouloir être jugés suivant les anciennes règles. Mais les bourgeois et les vilains acceptent assez facilement ces nouveautés qui proscrivent le duel et remplacent le combat en champ clos par les plaidoiries ou les écritures. Les justices municipales des villes de commune ou de bourgeoisie et toutes les juridictions du midi s'empressent d'adopter cette procédure qui fait revivre des traditions fort anciennes, remontant probablement à l'époque gallo-romaine.

Les deux procédures, accusatoire et inquisitoire, d'origine et de caractère si différents, restent aussi en présence pendant la dernière moitié du XIII^e^ siècle et la première partie du XIV^e^. C'est l'époque de transition, pendant laquelle agit la force plastique de la coutume. L'évolution, commencée au XIII^e^ siècle, est achevée au XVI^e^. L'ordonnance de 1539 rendue par François I^er^ à Villers-Cotterets, sur la justice et abrévation des procès, fixe définitivement en France les règles de la procédure inquisitoire. L'ordonnance de 1670, qui fut le Code d'instruction criminelle de l'ancien régime, ne fait que recueillir, en le précisant dans ses détails, en l'aggravant même dans ses rigueurs, le système déjà consacré.

Désormais, la procédure criminelle est cristallisée pour près d'un siècle. Mais l'esprit nouveau et critique qui précède la Révolution, a condamné théoriquement ce système, comme n'offrant aucune garantie pour l'accusé. Les philosophes ont les yeux tournés vers l'Angleterre : ils admirent ses

Digitized by Google

institutions judiciaires, comme ses institutions politiques. C'est la procédure criminelle anglaise, surtout la procédure par jurés, que l'Assemblée constituante essaiera d'acclimater en France : c'est cette procédure qu'organiseront successivement la loi des 16-29 septembre 1791 et le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV. Mais les causes mêmes qui avaient amené aux XIII^e^ et XIV^e^ siècles, la substitution d'un système de procédure à l'autre, agissent de nouveau : on sent le besoin de reconstituer l'autorité, d'assurer la répression, énervée au milieu des troubles de l'époque, des guerres civiles et étrangères. L'ordonnance de 1670 redevient l'idéal de bien des esprits : on veut la remettre en vigueur. Puis, une transaction est conclue, et si l'ancienne procédure ne revit pas complètement dans les lois du Consulat et de l'Empire, la portion la meilleure des dispositions de l'ordonnance, et même quelques-unes de ses rigueurs, passent dans la première partie du Code d'instruction criminelle, la seconde conservant la procédure accusatoire et l'institution du jury. Ce Code de 1808 est devenu, pour l'Europe entière, un type sur lequel se sont modelées bien des législations. Il marque donc, dans l'évolution historique des lois de procédure, une phase essentielle et un moment d'arrêt.

30. Depuis, un double mouvement se dessine. On tend à éliminer, par voie de revision, les rigueurs excessives dont notre procédure a hérité de l'ordonnance de 1670, et à introduire, dans l'instruction préliminaire, des garanties qui lui font défaut. On veut ouvrir le cabinet du juge d'instruction, sinon au public, du moins à certaines personnes autorisées; admettre la présence d'un défenseur au cours de l'information; reconnaître à l'inculpé et à son défenseur, dès cette première phase du procès, le droit de provoquer et de contrôler les mesures prises pour arriver à la découverte de la vérité. Les protestations contre le secret de l'instruction semblent générales, et l'on s'insurge contre cette pratique de notre vieille procédure, aussi dangereuse pour le juge que pour l'accusé,

Digitized by Google

qui, suivant l'expression du jurisconsulte anglais Stephen, « empoisonne la justice à sa source ».

Mais, d'un autre côté, la part faite dans le jugement à l'intervention du jury, que l'on considérait autrefois comme trop restreinte, semble aujourd'hui être presque excessive : volontiers, on réclamerait une justice moins impressionniste, plus scientifique, et on sacrifierait à cet idéal le respect invétéré que tout le monde avait, jusqu'à ces derniers temps, pour l'institution du jury[1].

31. Il y a, dans ce double mouvement, l'expression d'une lutte toujours ouverte entre les deux tendances qui se partagent, en ce moment, le domaine des sciences pénales. Tandis que l'école classique est surtout individualiste, qu'elle réclame de nouvelles garanties en faveur de l'accusé, un contrôle incessant sur les autorités pénales, la diminution de l'arbitraire, l'augmentation de la liberté, l'école nouvelle, qui est avant tout étatiste, veut renforcer la « défense sociale », priver l'inculpé de ces garanties séculaires qui se résument dans la « présomption d'innocence », substituer, à une procédure humanitaire, une procédure scientifique, transformer le procès pénal en une recherche clinique et les juges en experts spécialistes, devant recevoir une instruction toute particulière en matière de psychologie, d'anthropologie et de sociologie criminelles[2].

A l'heure où nous écrivons, et malgré le progrès apparent du socialisme et du collectivisme, il semble bien que la tendance, en matière de procédure criminelle, ne soit pas d'armer davantage le pouvoir social, dans sa lutte contre la criminalité, mais bien plutôt de protéger l'inculpé contre les abus de la force sociale.

C'est dans cette direction qu'ont été aiguillées les réformes

§ IV. [1] Voy. Jean Cruppi, *La Cour d'assises de la Seine* (*Revue des Deux-Mondes*, 1895, t. 4, p. 39).

[2] Ferri, *Sociologia criminale* (4e éd.), nos 79 à 84, p. 777 à 826; Garofalo, *Criminologie*, p. 387 à 397. Voy. mais dans un sens un peu différent, Cruppi : *La Cour d'assises*, p. 130 et suiv., 281 et suiv.

Digitized by Google

si nombreuses, si caractéristiques, dont la procédure pénale a été l'objet, en France et à l'étranger, dans ces cinquante dernières années.

32. Bien qu'il ne nous appartienne pas de refaire, après Faustin Hélie et Esmein, l'histoire de notre ancienne procédure criminelle, nous croyons nécessaire de relever quelques traits essentiels de l'organisation judiciaire et de la procédure qui ont précédé et préparé le droit moderne.

§ V. — LES JURIDICTIONS PÉNALES DANS L'ANCIENNE FRANCE.

33. Phases par lesquelles a passé l'organisation judiciaire de l'ancienne France. Unité de la justice civile et de la justice pénale. — **34.** Époque barbare. Justice populaire. — **35.** Dilution du pouvoir de juger à l'époque féodale et durant le moyen âge. Conflits de compétence. Division des justices en deux groupes principaux. — **36.** Juridictions laïques. Les justices seigneuriales, royales, municipales. — **37.** Juridictions ecclésiastiques. Officialités. — **38.** Développement des juridictions royales.

33. Dans l'ancienne France, l'organisation des juridictions pénales a passé par trois phases successives : mais, à toute époque, un trait commun se remarque : c'est l'unité des justices civile et criminelle, administrées l'une et l'autre par les mêmes tribunaux. Cette unité correspond d'abord à l'unité des procédures civile et criminelle; puis, quand se produit la différenciation des procédures, l'unité résulte de la substitution de juges professionnels aux juges populaires et de la conception d'une justice unique, dérivant des mêmes sources et rendue au nom du roi.

34. Sous l'ère barbare, les peuples de race germanique ont conservé leur organisation populaire. La justice est rendue par le chef (*rex, princeps, dux, comes, grafio,* etc.), avec le concours des hommes libres de la tribu (*boni homines, rachimburgi, pagenses,* etc.), dans des réunions temporaires et périodiques (*mallum* ou *placitum*). Le chef convoque les assises, préside l'assemblée des hommes jugeurs, recueille, sans

Digitized by Google

y prendre part, la sentence, et la fait exécuter. Ainsi, suivant une règle qui paraît avoir ses racines dans des coutumes antérieures à l'invasion de la Gaule romaine, ce sont les *hommes* qui rendent le jugement et non le *chef*. Quelques rachimbourgs seulement peuvent composer le tribunal. Néanmoins, les assemblées plénières ne sont pas rares[1].

35. Dans la période féodale et durant le cours du moyen âge, la justice est, en quelque sorte, diluée : elle est partout; dans la famille, à l'école, au palais du roi, dans les municipalités, auprès du chef féodal. D'où un double fait qui résume, à cette époque, l'histoire de l'organisation judiciaire. Ce sont les incessants conflits de juridictions, « ce pain quotidien des affaires[2] », qui s'élèvent entre toutes ces justices. C'est la lutte qui s'établit entre les tribunaux pour l'extension de leur compétence propre, lutte dans laquelle les justices royales finiront par absorber toutes les autres justices, comme la royauté finira par absorber la féodalité. Les principales justices sont : les justices royale, seigneuriale, municipale, ecclésiastique. La grande division qui domine cette organisation est celle des *juridictions laïques* et des *juridictions ecclésiastiques*.

36. Parmi les juridictions laïques, il y en a principalement de trois sortes : les justices seigneuriales, royales et municipales.

I. Le droit de rendre la justice a été considéré, à une certaine époque de l'histoire, comme un droit patrimonial : c'est là un des traits caractéristiques du régime féodal. Le seigneur avait donc juridiction sur les fiefs et censives de son domaine, à titre de propriétaire éminent de la terre. Les nombreuses justices seigneuriales se divisaient d'abord, en justices hautes et basses (*alta, magna, major justitia;* encore appelées *jus-*

§ V. [1] Je ne peux pas citer les sources. On les trouvera analysées, avec une compétence et un soin minutieux, dans l'*Histoire des institutions politiques et administratives de la France,* par Paul Viollet (1890, in-8°, Larose et Forcel), t. 1, p. 307 à 312.

[2] Viollet, *op. cit.*, t. 2, p. 453.

Digitized by Google

titia sanguinis, sanguis; en Normandie, *justitia ensis, placitum spatæ; minor, bassa justitia*). Plus tard, apparaîtra un échelon intermédiaire, les moyennes justices (*media justitia*). Cette classification, qui appartient à la seconde partie du moyen âge, avait surtout de l'importance au point de vue répressif. La haute justice connaissait, en effet, des crimes les plus graves; le meurtre, le rapt ou viol, l'*avortis* ou *encis*, c'est-à-dire les coups donnés à une femme enceinte qui amenaient l'avortement, l'incendie[3]. L'homicide (*occisio*) sans préméditation et la mutilation d'un membre étaient rangés, par le Parlement, dans les cas de haute justice. Dans les pays qui ne reconnaissaient pas la moyenne justice, la basse justice avait, dans ses attributions, tout ce qui n'était pas du ressort de la haute justice. Il a toujours été assez difficile de préciser les cas de moyenne justice, quand celle-ci s'est détachée des haute et basse justices.

Exercé d'abord par le seigneur lui-même, assisté, lorsqu'il s'agissait d'un vassal, des pairs de celui-ci, le droit de rendre la justice fut délégué à des officiers qui prirent, suivant les lieux, les noms de *baillis*, ou de *prévôts*[4]. Cette évolution répond à un double besoin : diminuer le nombre des juges; les sélectionner en leur donnant le caractère de fonctionnaires.

II. Au début de la féodalité, le roi n'exerçait sa juridiction que sur les fiefs et censives de son domaine; et là, il rendait la justice, au même titre et dans les mêmes conditions qu'un seigneur justicier. Comme le chef féodal, il se fit remplacer, dans cette fonction, par des officiers qu'il investissait d'une délégation, temporaire d'abord, permanente ensuite. Au début, ce furent les *prévôts;* plus tard, probablement par suite d'un besoin de concentration et de surveillance, des officiers supérieurs furent créés : ils prirent le nom de *baillis*, dans le

[3] Voy. l'énumération des cas de haute justice, dans J. Desmares, *Déc.*, 295. Comp. Becquet, *Traité des droits de justice*, chap. II, dans *Œuvres*. Genève, 1625, t. 3, p. 3-7.

[4] Du reste, la composition des cours de justice a varié avec les pays et suivant les temps. Voy. Viollet, *op. cit.*, t. 2, p. 461-465.

Digitized by Google

nord et le centre, de *sénéchaux*, dans le midi de la France[5]. Ces fonctionnaires eurent pour mission de tenir des assises solennelles dans les villes de leur ressort. Ils recevaient toutes plaintes contre les officiers royaux, réformaient leurs jugements; plus tard même, les faits les plus graves, ceux qu'on appelait les *cas royaux*, leur furent réservés.

Enfin, au dernier étage des juridictions royales, était le *Parlement*, issu de deux institutions, distinctes en droit, mais en fait confondues : la *Cour du roi* et la *Cour des pairs*.

Le Parlement, tenu d'abord à des époques déterminées et par sessions, devint, peu à peu, un corps sédentaire. Pendant longtemps, la royauté n'eut qu'un Parlement, celui de Paris; les Parlements de province, tous de création postérieure à celui de Paris, apparaissent successivement, du XIV^e^ au XVIII^e^ siècle.

III. Les bourgeois des villes de commune et des villes d'échevinage, poursuivis en matière criminelle, devaient être jugés par leurs justices municipales, c'est-à-dire par leurs pairs. Ces justices nous sont peu connues[6] : d'une part, les coutumes et coutumiers ne fournissent qu'un petit nombre de renseignements sur ces juridictions peu sympathiques aux officiers ou jurisconsultes royaux et seigneuriaux; d'autre part, si l'organisation de ces juridictions paraît calquée sur un type uniforme, leur compétence variait d'étendue d'une commune à l'autre. Le vice radical de ces juridictions, dans la plupart des villes où elles fonctionnaient, c'était la réunion, dans les mêmes mains, du pouvoir administratif et du pouvoir judiciaire. A Toulouse, par exemple, — et l'organisation de la justice municipale de cette ville était de beaucoup la plus ordinaire, — les consuls ou capitouls, qui avaient, en grande partie, l'administration de la ville, formaient, depuis 1283, une cour civile et criminelle. Cette cour était bien présidée par le viguier, représentant le comte; mais cette présidence, purement ho-

[5] Voy. sur les baillis royaux la Préface de Beugnot, t. 1, à l'édition de « *Les coutumes de Beauvoisis* » par Philippe de Beaumanoir (Paris, 1842).

[6] Voy. Georges Testaud, *Des juridictions municipales en France, des origines jusqu'à l'ordonnance de Moulins*, 1566 (in-8°, 1904, Paris).

Digitized by Google

norifique, ne donnait pas même voix délibérative à ceux qui remplissaient cette fonction.

37. Les juridictions ecclésiastiques, les *cours de chrétienté*, comme on disait alors, avaient une double compétence, *personnelle* et *réelle*. Le privilège de clergie, qui embrassait tous les degrés du clergé régulier et tous ceux du clergé séculier jusqu'aux chantres, donnait, à ceux qui pouvaient l'invoquer, le droit d'être jugés par ces tribunaux. A cette juridiction appartenait également la connaissance de certains crimes, commis par toutes personnes, par exemple, des crimes d'hérésie, de sorcellerie, d'adultère et d'usure. Cependant, si, dans tous ces cas, ces juridictions jugeaient, elles ne prononçaient pas toujours la condamnation. C'était un principe du droit canonique que l'église ne pouvait verser le sang et prononcer, par conséquent, des peines capitales. Dans le cas où le crime dont elle revendiquait la connaissance entraînait l'expiation suprême, l'église livrait le coupable au bras séculier qui prononçait la peine et la faisait exécuter.

Le juge était l'évêque, l'ordinaire. Comme les seigneurs, et avant eux probablement, il délégua son droit de justice, d'abord à l'archidiacre, puis, à partir du XIII^e^ siècle, à un dignitaire particulier qu'on appelle l'*official*. Les juridictions ecclésiastiques prirent, par la suite, le nom d'*officialités*. La hiérarchie savante de l'église permit d'organiser une série d'appels, de l'official à l'archevêque, de celui-ci au primat, puis, enfin, au pape, chef et juge suprême de la chrétienté.

38. Toutes ces juridictions ont existé jusqu'aux dernières années du XVIII^e^ siècle. Mais tandis que les juridictions ecclésiastiques, seigneuriales et municipales, perdent peu à peu de leur importance, les juridictions royales grandissent, se développent et finissent presque par les absorber. Comment cette transformation s'accomplit-elle? Quel est l'état des juridictions aux XVII^e^ et XVIII^e^ siècles?

I. Les juridictions royales se développèrent, comme la royauté elle-même, par une suite d'entreprises dont les légistes se firent les instruments actifs et persévérants. Partant

Digitized by Google

de cette idée que le roi représente l'intérêt public, qu'il a la « garde générale du royaume[7] », les officiers et les jurisconsultes de la couronne en concluent que le roi a un droit de justice éminent dans tout le royaume. Ils furent donc conduits à inventer divers procédés pour diminuer peu à peu la compétence des justices laïques et des justices ecclésiastiques au profit des justices royales.

Le premier de ces moyens fut l'institution des *cas royaux*. Au XIII^e^ siècle, les cas dont le roi prétend connaître, dans les terres de ses barons, parce qu'ils le « touchent », sont déjà très nombreux. Un jurisconsulte de la fin du XIV^e^ siècle consacrera douze grandes pages à leur énumération[8]. La liste des cas royaux s'allonge toujours et ne sera jamais close. Le droit romain fournit aux légistes leurs meilleures armes dans cette lutte, car cette puissance, qu'ils construisent au profit de la royauté, a pour type le droit impérial romain. Ils arrivent très rapidement à poser, comme un principe de droit public, que toute justice émane du roi. Dès la fin du XIII^e^ siècle, ils affirment que toutes les juridictions séculières sont tenues du roi en fief ou arrière-fief[9]. Ses barons reçoivent de lui la saisine des droits de justice, mais le roi ne les tient de personne.

La conséquence pratique de cette idée fut l'introduction de l'*appel*. La féodalité n'avait jamais eu l'idée de soumettre de nouveau, à un juge supérieur, le litige déjà tranché par le premier juge; elle ne connaissait pas des juges inférieurs et des juges supérieurs; toutes les cours féodales, dans les limites de leur compétence, étaient des cours souveraines. Il n'exis-

[7] Beaumanoir, XXXIV, 41. Voici, du reste, le concept formulé au XIV^e^ siècle dans le Grand Coutumier, liv. IV, ch. V, édit. Charondas le Caron, 1598, p. 523 : « A généralement parler, il n'y a qu'une justice qui meult de Dieu, dont le roy a le gouvernement en ce royaume. »

[8] Bouteiller, II, 1. Cf. Ord. 8 octobre 1371 (Ord. V, 428), reproduite dans le Grand Coutumier de France, liv. I, ch. III, p. 90 et suiv.

[9] Voy. *suprà*, note 7, et Beaumanoir, XI, 12, liv. I, p. 163 de l'édit. Beugnot : « Car toute laie juriditions du roiaume est tenue du Roy en fief ou arrière-fief ».

Digitized by Google

tait, dans la procédure féodale, que deux voies de recours : l'*appel pour défaute de droit*, dans lequel le plaideur se plaignait d'un déni de justice, et l'*appel de faux jugement*, sorte de cassation barbare, résultant d'une prise à partie brutale du plaideur contre les pairs qui le jugeaient. L'appel, dans le sens que nous donnons à ce mot, est admis de bonne heure, des justices seigneuriales aux justices royales, quand le jugement est rendu contre la commune coutume ou quand les vassaux ou arrière-vassaux ne font pas ce qu'ils doivent[10].

Enfin, on reconnaît au roi un droit de prévention, dont ses officiers useront largement; c'est-à-dire que le roi peut faire ajourner, devant ses juridictions, toutes personnes pour toutes affaires, sauf aux parties à réclamer la cour ou juridiction de leur seigneur. Mais si la partie assignée a tacitement accepté la justice royale, soit en reconnaissant la légitimité de la demande, soit en la niant, elle ne peut plus s'adresser à une autre cour. Là où le plaid est commencé, là il doit finir.

D'un autre côté, les jurisconsultes de la couronne employèrent divers moyens pour restreindre la compétence des tribunaux ecclésiastiques. Ils firent rentrer, dans la notion vague et élastique du crime de lèse-majesté et, par conséquent, dans les cas royaux, divers faits qui relevaient auparavant des cours de chrétienté : mais surtout ils affaiblirent, par la création des *cas* dits *privilégiés*, la portée du privilège de clergie. Dans des cas très graves, qui méritaient une peine supérieure aux peines canoniques, on fit juger les clercs par les juges royaux, sans que ceux-ci fussent obligés de les rendre à l'église. La liste de ces cas privilégiés, comme celle des cas royaux, alla toujours en augmentant[11].

Les juridictions municipales, au criminel du moins, survécurent généralement à la souveraineté des villes de communes; elles offraient peu de dangers, puisque le pouvoir royal avait mis indirectement la main sur la nomination des officiers municipaux.

[10] Beaumanoir, XI, 2, 3.

[11] Voy. Muyart de Vouglans, *Inst. crim.*, 3e part., p. 54 et suiv.

Digitized by Google

II. En étendant ainsi le cercle de leur action, les juridictions royales complétèrent leur organisation : d'un côté, on vit les anciens tribunaux se modifier et se développer; de l'autre, des tribunaux d'exception apparaître.

a) Jusqu'aux derniers jours de l'ancienne monarchie, les prévôts constituaient les juges ordinaires du premier degré; les baillis et sénéchaux, ambulants à l'origine, devenus sédentaires par la suite, formaient toujours le second degré des juridictions royales. Les baillis, grands officiers de la couronne, déléguaient leurs pouvoirs à des officiers inférieurs qu'on appelait lieutenants du bailliage. Au *lieutenant criminel*, échut le jugement des causes criminelles : il devint le juge en matière répressive pour toutes les affaires soustraites, à raison de leur gravité, à la juridiction du prévôt. D'abord, il jugea seul; plus tard, il fut assisté par des assesseurs qui prirent le titre de conseillers. Mais ce fut toujours lui qui fit l'instruction criminelle et, à ce point de vue, il a été, sous l'ancien régime, le rouage essentiel de la répression.

Sous Henri II, il fut créé des sièges d'une importance particulière, sous le nom de *présidiaux*. Par un édit de novembre 1551, ce prince ordonna que, dans les principaux bailliages et sénéchaussées, il y aurait un présidial, composé de neuf magistrats pour le moins, y compris les lieutenants généraux et particuliers, civils et criminels. Ces tribunaux, au criminel, ne se distinguaient des autres bailliages qu'en ce qu'ils pouvaient connaître des *cas prévôtaux*.

Dans le Parlement de Paris, dont le personnel va toujours grandissant, une Chambre spéciale est instituée pour juger les procès criminels, la Tournelle. L'ordonnance du 28 octobre 1446 (art. 10 et 11) est la première qui en fasse mention comme distincte des autres Chambres[12]. Elle est formée par des conseillers laïques, choisis dans la Grand Chambre et siégeant dans la petite tour de Saint-Louis, la Tournelle, qui lui donne son nom. La Grand Chambre prononce elle-même les sentences préparées par ces conseillers. En 1515,

[12] Pardessus, *Essai sur l'organisation judiciaire*, p. 163.

Digitized by Google

François Ier fit, de ce groupe de juges, une Chambre spéciale. Mais sa composition n'a jamais été autonome, en ce sens tout au moins que, par l'effet du roulement, les conseillers passèrent d'une Chambre civile à la Chambre criminelle, de sorte que, même avec cette organisation, l'unité de la justice civile et de la justice pénale était toujours le principe dominant.

Les Parlements de province naissaient les uns après les autres, avec le développement du pouvoir politique de la royauté et les extensions territoriales qu'elle réalisait. Plusieurs de ces Parlements, ne faisaient, en effet, que continuer les anciennes cours souveraines des grands fiefs réunis à la couronne[13].

Le Parlement de Paris, à travers ses transformations successives, resta, jusqu'aux derniers jours, la Cour des Pairs. Tous les Pairs de France avaient le droit d'y prendre séance et tous ne pouvaient être jugés que par le Parlement.

En dehors de leurs fonctions ordinaires, le Parlement de Paris et certains autres Parlements de province, ceux de Toulouse, Rouen et Bordeaux, participaient, à l'administration de la justice, par les Grands-Jours, sortes d'assises solennelles et temporaires, tenues, dans une province, par des commissaires choisis par le roi. Les Grands-Jours avaient surtout pour objet la répression de désordres graves et persistants et d'exactions commises par les autorités locales.

b) A côté des juridictions ordinaires, des tribunaux d'exception furent créés. Ils étaient de deux sortes : 1° Les uns ne connaissaient des causes criminelles qu'incidemment aux matières qui faisaient l'objet particulier de leur établissement : tels étaient le prévôt de l'Hôtel des Monnaies et la Cour des Monnaies, les juges de l'Amirauté ; 2° Les autres avaient une compétence criminelle principale : tels étaient les prévôts des maréchaux et les juges militaires.

[13] L'Échiquier de Normandie, devenu « Parlement », eut, en 1519, une Chambre criminelle, Tournelle, à l'imitation de Paris. En 1491, on installe, à Toulouse, une Chambre ou Tournelle criminelle, « afin que la justice criminelle soit administrée comme à Paris ».

Digitized by Google

§ VI. — LA PROCÉDURE CRIMINELLE DANS L'ANCIENNE FRANCE.

39. Les deux phases de l'ancienne procédure. — **40.** Époque barbare. Cojureurs. Ordalies. — **41.** Première période de la féodalité. Le combat judiciaire. Le flagrant délit. La clameur de haro. — **42.** Les transformations successives de la poursuite. Action populaire. Action d'office. Action publique. Le ministère public. Ses origines obscures. — **43.** Transformations de la procédure. Naissance de la procédure inquisitoriale. Les grandes ordonnances. Le Code de la procédure inquisitoriale, l'Ordonnance de 1670. — **44.** Marche d'un procès sous ce régime. Information. Récolement et confrontation. Jugement. — **45.** L'ordre public, malgré les rigueurs de cette procédure, paraît avoir été moins bien protégé qu'il ne l'est aujourd'hui. — **46.** La procédure inquisitoriale ne fut pas particulière à la France : elle forma le droit commun de l'Europe occidentale. — **47.** L'Angleterre seule conserve, dans sa procédure, les garanties du système accusatoire.

39. L'ancienne procédure criminelle a passé, dans notre pays, comme dans les autres pays de l'Europe continentale, par deux phases, la phase *accusatoire* et la phase *inquisitoire*.

40. A l'époque barbare, la procédure criminelle ne se distingue pas de la procédure civile : l'une et l'autre sont fondées sur le même principe. Au civil, comme au criminel, deux parties se trouvent en présence dans une situation de complète égalité : l'une qui réclame, à l'occasion d'un dommage causé par un crime, et en poursuit la réparation pécuniaire; l'autre qui se défend contre cette réclamation. La poursuite est donc exercée par la partie lésée, ou, si elle est morte, par son lignage. C'est le système de l'accusation privée, système qui caractérise généralement les droits primitifs.

L'instruction est publique et orale. Les parties doivent comparaître au jour fixé et ne peuvent se faire représenter. L'aveu est la meilleure preuve, la plus claire, celle qui ne laisse aucune place au doute et ne suscite aucun trouble de conscience.

Si l'accusé n'avoue pas, c'est lui qui, par un singulier renversement de rôle, doit apporter la preuve de son innocence. Il l'administre par le *serment purgatoire*, c'est-à-dire par le serment qu'il prête, accompagné de cojureurs, qui viennent

Digitized by Google

solennellement lui donner, par leur affirmation, un certificat de moralité[1]. Quand le juge ne peut former sa conviction, que l'accusé nie le délit et que le serment est rejeté, intervient le jugement de Dieu, au moyen des épreuves (*ordalies*)[2], par l'eau bouillante, le fer rouge, l'eau froide[3], etc. L'épreuve qui paraît s'être maintenue le plus tard, c'est celle du cercueil dont on trouve des exemples au XVI[e] siècle. Lorsqu'on n'avait pu découvrir l'auteur d'un assassinat, on obligeait tous ceux qui étaient soupçonnés d'y avoir participé, à venir toucher le corps de la victime, exposé sur un cercueil. Si le cadavre était mis en contact avec le meurtrier, il devait laisser échapper quelques gouttes de sang. Cette épreuve était de nature à agir vivement sur les imaginations : on comprend qu'elle ait subsisté après la disparition des autres procédés[4]. En France, en effet, les derniers monuments de l'emploi des ordalies sont des arrêts du Parlement de Paris du 1[er] décembre 1601 et du 10 août 1641, annulant des sentences qui avaient ordonné de soumettre à l'épreuve de l'eau froide des personnes accusées de sorcellerie. Le combat ou duel judiciaire, autorisé par la loi ripuaire[5], et dont il n'est point

§ VI.[1] Voy. Kœnigswarter, *Rev. de législ.*, 1849, p. 336.

[2] Du mot allemand *Urtheil* jugement. — La croyance au merveilleux et au surnaturel était très prononcée chez les Germains. Tacite nous dit (*De moribus germanorum,* X) qu'aucun peuple n'a plus de foi aux auspices et à la divination : *auspicia sortesque ut qui maxime observant.*

[3] Lorsque les coutumes germaniques se furent transformées sous l'influence du christianisme et d'une vie plus sédentaire, la pratique des ordalies fut régularisée. On posa en principe qu'elles ne seraient admises qu'à défaut soit de preuves ordinaires, soit de *cojuratores.* L'Église commença par les tolérer. Charlemagne, dans un de ses capitulaires, prescrit de ne point révoquer en doute les jugements de Dieu, *ut omnes judicio Dei credant absque dubitatione* (Cap. I, ann. 809, Cap. XX). Plus tard, l'autorité ecclésiastique attaqua les ordalies, jusqu'à ce qu'en 1215, grâce aux efforts d'Innocent III, le quatrième concile de Latran défendit aux clercs de prêter leur ministère à des actes de cette nature.

[4] On peut presque dire qu'elle a laissé quelque trace dans la confrontation avec le cadavre, opération qui paraît encore s'imposer aujourd'hui dans tous les cas où cette confrontation est possible.

[5] Tit. LXI, art. V et VI.

Digitized by Google

question dans la loi salique, était en usage au VI^e^ siècle, ainsi que le rapporte Grégoire de Tours, comme mode d'épreuve. Enfin, l'emploi de la torture était réservé aux esclaves[6].

41. Malgré la substitution, à l'époque féodale, d'un système de *pénalité* au système de *composition*, la procédure criminelle conserve d'abord les deux traits caractéristiques déjà signalés : droit d'accusation exclusivement réservé à la partie lésée par le délit; identité des formes de la procédure civile et de la procédure criminelle.

Le principe que la poursuite n'appartient qu'à la partie lésée, ou, si elle était morte, à son lignage, est un principe que répètent tous les textes de l'époque[7]. On l'applique particulièrement au « murtre et homicide ». La procédure n'étant ainsi qu'un débat entre deux personnes, il n'est pas besoin de créer, pour ce genre de procès, des formes spéciales. Aussi les procédures criminelle et civile, sauf quelques différences de détail, imposées par la nature même des choses, suivent une marche identique.

Le régime des preuves reste ce qu'il était à l'époque franque; mais la féodalité l'adapte à des mœurs et à des besoins nouveaux; elle fait son choix parmi les procédés pratiqués, laissant tomber en désuétude, le serment purgatoire et les ordalies ou épreuves unilatérales[8], donnant la première place au combat judiciaire, à l'appel au jugement de Dieu, soutenu par le serment des deux adversaires et décidé par la bataille.

Avec l'aveu, c'est le mode de preuve ordinaire. Par une

[6] Loi salique, tit. XLII.

[7] Beaumanoir, LXIII, 1, *Très ancienne coutume de Bretagne*, ch. 96 : « Et aussi nul ne peut seul appeler par raison d'autrui fait, s'il n'est du lignage... » *Livre de Jostice et de Plet*, XIX, 3, § 1, 2.

[8] Les anciennes ordalies par l'eau bouillante, le fer rouge, l'eau froide, fréquemment usitées sous les Mérovingiens, deviennent rares dès le commencement de la deuxième race. On trouve cependant encore au XII^e^ siècle, et même au XIII^e^ siècle, quelques exemples des épreuves par l'eau ou par le fer rouge. *Cartulaire de Notre-Dame de Paris*, II, 324.

Digitized by Google

singulière combinaison de l'esprit guerrier et de l'esprit légiste, cette épreuve avait revêtu des formes régulières et s'appliquait à toutes les phases comme à tous les acteurs de la procédure. On se battait avec l'accusé, on se battait avec les juges, quand on se plaignait de *défaut de droit;* on se battait même avec les témoins. Toutefois, ceux-ci pouvaient éviter d'engager leurs personnes, en faisant la déclaration suivante, que nous a conservée Beaumanoir : « Je ne me bée « pas à combattre pour vostre querele, ne à entrer en plet au « mien, et se voz m'en volés deffendre, volontiers dirai me « vérité ». Contraire à l'esprit du christianisme, le combat judiciaire fut attaqué par l'Église plus tôt et avec beaucoup plus d'énergie que les ordalies[9]. La royauté, qui avait tout intérêt à son abolition, s'associa à ce mouvement de réprobation. Mais le duel judiciaire était trop conforme aux mœurs violentes de l'époque, pour ne pas résister à tous ces assauts ; aussi est-il resté en usage jusqu'au XVI[e] siècle.

La distinction élémentaire qu'on retrouve dans toutes les procédures primitives, est celle du *flagrant délit* et du *délit non flagrant.*

Quand on prend un coupable sur le fait, il n'y a pas de contradiction possible; par conséquent, la procédure peut être très sommaire. Il n'est point besoin d'accusation ni d'autres preuves que le témoignage de ceux qui ont appréhendé le malfaiteur : sur leur déclaration, celui-ci est jugé sans retard par le tribunal du lieu où il a été pris. Tous ceux qui sont présents lors du méfait doivent poursuivre le délinquant, l'arrêter et le livrer à la justice, « car c'est le commun porfis

[9] Le combat judiciaire fut attaqué, dès le V[e] siècle. par Avitus, évêque de Vienne. Au IX[e], Agobard, archevêque de Lyon, dédia à Louis le Débonnaire un livre spécial : *Adversus legem Gondobaldi et impia certamina quæ per eam geruntur.* Il est, du reste, aujourd'hui certain que la loi de Gondebaud, roi des Burgondes, a, non pas introduit, comme l'a pensé Montesquieu, mais seulement étendu l'usage du duel judiciaire. Les troisième et quatrième conciles de Latran, en 1179 et en 1215, consacrèrent solennellement la réprobation de l'Église.

Digitized by Google

« que cascuns soit sergans et ait pooir de penre et d'arrêter « les malfaiteurs[10] ».

La procédure féodale avait même organisé, dans la *clameur de haro*, une méthode formaliste et naïve pour conserver au fait son caractère de flagrant délit. En Normandie, on ne pouvait crier « *haro* » que dans les cas d'incendie, d'homicide, d'attaque à main armée, de vol ou de tout autre péril imminent. Dans les cas moins urgents, celui qui abusait de la clameur de haro était puni d'amende. Les légistes empruntèrent, à la Normandie, cet usage de poursuivre *à cri et haro*, à *chaude chasse, à chasse et à fuite*[11]. Ils étendirent ainsi la procédure plus sommaire de flagrant délit à des cas pour lesquels elle n'avait pas été faite[12].

Si le malfaiteur n'était pas pris en flagrant délit ni dans la poursuite sur clameur de haro, l'offensé ou ses parents devaient signaler le crime à la justice et former une plainte, en leur nom, par voie de *citoiement*, comme ils le feraient en matière civile. C'est l'*accusation* germanique. Dans cette procédure, la société n'intervient, par ses tribunaux, que pour juger le procès ; le débat s'engage entre l'accusé et l'accusateur qui se porte partie. Celui-ci doit avoir la pleine capacité de plaider et de donner ou recevoir des gages de bataille. Après l'ajournement ou semonce à la requête de l'accusateur, qui formulait sa demande en s'offrant à prouver les faits allégués, l'accusé devait répondre sur le champ et mot à mot, en niant ce que l'autre affirmait, et relever le gage de bataille ; sinon, il était condamné. En cas d'absolution de l'accusé, l'accusateur était passible de la peine dont son adversaire aurait été frappé dans le cas de condamnation.

Si la victime ou son lignage existaient encore et ne se plaignaient point, le justicier n'avait pas le droit de poursuivre.

[10] Beaumanoir, XXXI, 14. Voy. éd. Beugnot, préface, CLX.

[11] L. Tanon, *Histoire des justices des anciennes églises et communautés monastiques de Paris*, p. 369; Esmein, *op. cit.*, p. 50.

[12] Voy. Beaumanoir, XXXIX, 43, 44. — Sur tous ces points : Esmein, *op. cit.*, p. 49. — Le même besoin de célérité a porté les légistes du XIX^e^ siècle à étendre, en France, la notion du flagrant délit.

Digitized by Google

On admit, sans doute, de tout temps, la faculté, pour les officiers de justice, de se saisir du malfaiteur et de provoquer la poursuite des intéressés. Mais cette procédure, destinée seulement à stimuler l'accusation privée, n'était pas encore la poursuite au nom de l'État, l'accusation publique.

42. De bonne heure cependant, la nécessité se fit sentir de donner au magistrat une initiative qui ne lui appartenait pas tout d'abord, celle de poursuivre les crimes que personne ne poursuivait. La justice féodale y était d'autant plus intéressée que le produit des amendes et confiscations, peines ordinairement prononcées à cette époque pour la plupart des délits, appartenait au fisc. On admit donc que les juges pouvaient *poursuivre d'office* et même on finit par créer, auprès des juridictions importantes, un représentant du seigneur, chargé de veiller sur ses intérêts pécuniaires, qu'on appela, pour ce motif, *procureur fiscal*. Ce ne fut que par degrés qu'on transforma ainsi le caractère de l'action pénale et de celui qui l'exerçait. Dans le principe, le magistrat ne put agir que dans quelques cas exceptionnels, quand il y avait flagrant délit, quand la victime ne laissait pas d'héritier. Le détenu avait même la faculté de consentir à être jugé sans accusateur, d'après une procédure que les textes appellent « l'enqueste du païs[43] ». Puis, on fit un pas de plus et on reconnut au magistrat, dans tous les cas, le droit d'exercer lui-même la poursuite.

A partir du jour où cette évolution fut accomplie, ne cessa pas, pour les intéressés, la victime du délit, ou ses parents, le droit de se porter accusateurs; mais l'*accusation* se présenta sous deux formes : l'*accusation directe*, dans laquelle la partie lésée engage le procès elle-même; et la *dénonciation*, par laquelle elle fait appel à l'action du magistrat. La dénonciation était une forme de procédure dans la poursuite dont l'Église avait fourni l'idée et les premières applications devant

[43] Le Grand Coutumier de Normandie donne une description détaillée de cette singulière procédure : chap. LXVIII. Voy. Esmein, *op. cit.*, p. 53.

Digitized by Google

ses tribunaux. Elle avait deux avantages sur l'accusation directe; elle n'exposait pas son auteur, si elle était mal fondée, aux peines si sévères du talion, usitées encore vers la fin du XIII[e] siècle[14]; de plus, en laissant au juge le soin d'apprécier, au préalable, la valeur de la plainte, le dénonciateur se mettait à l'abri du ressentiment et de la vengeance. L'emploi de la dénonciation fut admis devant le tribunal de l'Inquisition, dès son institution dans le midi de la France; il fut ensuite pratiqué par les officialités; et, de la procédure ecclésiastique, il passa dans la procédure laïque.

Mais un tel système était sujet à un inconvénient inverse de celui auquel il tendait à se substituer. Les dénonciations devinrent des délations, et l'on dut prendre des mesures pour arrêter les abus. Une ordonnance de 1303, relative à la juridiction municipale de Toulouse, prescrit que chaque dénonciateur donne son nom et soit averti qu'il sera puni s'il est calomniateur. Une autre ordonnance de la même année, et rendue pour la même ville, dispose que les juges doivent eux-mêmes dédommagement à l'inculpé, quand, après son arrestation, il a été prouvé que les soupçons portés contre lui ne reposaient sur aucun fondement. En divers pays, on astreignait le dénonciateur à prêter le serment *de calumnia*. Mais ces garanties exigées retinrent souvent les dénonciateurs, et, dans l'intérêt de la répression, on finit par admettre qu'une simple plainte adressée à la justice ne serait pas considérée comme une dénonciation. Désormais, les individus lésés se contentèrent d'être *plaignants*, et c'est ce qui fit tomber en désuétude les précautions prises contre les dénonciateurs.

Bien souvent, du reste, personne ne se présentait comme accusateur, dénonciateur ou plaignant. La rumeur publique (*fama*) signalait seule un fait dont nul ne voulait ou ne pouvait fournir la preuve. A la fin du XII[e] siècle, Innocent III

[14] Le juge devait d'ailleurs avertir l'accusateur du péril auquel il s'exposait. L'ord. de 1260 prescrivait de dire, à celui qui voulait faire une « clameur », qu'il serait ouï, mais qu'il devait s'obliger à souffrir ce que son adversaire souffrirait s'il était atteint. Ord. I, 89; Beaumanoir, LXI, 2. Préface de Beugnot, CVIII.

Digitized by Google

institua, dans ce cas de *diffamatio*, la poursuite *ex officio*, dont le caractère essentiel consistait à rechercher la vérité par l'audition de témoins. C'est la procédure par enquête, *per inquisitionem*, que la législation carolingienne avait déjà connue. Son triomphe assura, comme première conséquence, la substitution de l'*action d'office* à l'*accusation par partie privée*.

Ce fut d'abord le délégué même du seigneur ou du roi, qui, sur dénonciation ou d'office, prit la direction de la poursuite. Mais lorsque le pouvoir royal se développa, il eut besoin, auprès de chaque juridiction, pour toutes les affaires qui intéressaient la royauté, de *procureurs*, qui tenaient la plume, et d'*avocats*, qui portaient la parole. Ces procureurs et ces avocats n'étaient, à l'origine, que les agents particuliers du roi, poursuivant ou défendant en son nom, dans toutes les affaires où il était intéressé. L'ordonnance du 25 mars 1303, qui fait, pour la première fois dans un document législatif, mention de ces officiers, enjoint aux procureurs du roi, de prêter le serment *de calumnia*, comme les autres plaideurs, et leur défend de se mêler des causes des particuliers. Chaque bailliage, chaque siège de prévôté eut « ses gens du roi », dont la délégation, d'abord temporaire, finit par devenir permanente, et dont le caractère se transforma comme le caractère même de la royauté. L'ordonnance de novembre 1553 prescrit « qu'en chacun siège de nos prévôtés des villes de notre « dit royaume, ressortissant dûment par devant nos dits bail- « lis et sénéchaux et où y a siège présidial, sera mis, insti- « tué, établi un procureur pour nous, pour assister aux ex- « péditions de justice civile, politique et criminelle ».

Le procureur du roi poursuivait les usurpations du domaine ou autres droits régaliens ; il intentait les procès dans les *cas royaux* ; il intervenait dans l'instruction de tous les procès criminels pour sauvegarder les intérêts du fisc royal qui s'enrichissait des amendes et des confiscations. Une ordonnance de 1540 prescrit aux avocats et procureurs du roi de tenir un registre des matières criminelles pour en « poursuivre la vuidange aux jours assignés, afin que, par l'intelli-

Digitized by Google

gence des parties privées, les délits n'en demeurent impunis et ne soyons privez de ce que nous doibt estre acquis par le moyen desdits delicts ». On vit ainsi les procureurs du roi prendre l'initiative des poursuites. Leurs entreprises, en se multipliant, furent acceptées comme un usage, et cet usage s'imposa bientôt comme un droit. Aucune loi précise ne détermine ce progrès. Le ministère public, — ce fut le nom collectif donné à ce corps d'officiers royaux, — se révèle d'abord par son action, et, quand les premières ordonnances s'en occupent, il est déjà en exercice. Ces ordonnances ne le créent pas, elles l'adoptent et l'organisent. D'ailleurs, le ministère public n'arriva pas, avant la fin du XVI[e] siècle, à sa constitution définitive[15]. Les procureurs généraux[16], près les parlements, nommèrent les procureurs du roi près les sièges inférieurs jusqu'à l'ordonnance de 1522, qui érigea les commissions de ces derniers en office et les rendit ainsi indépendants des procureurs généraux. Les avocats du roi, dont les fonctions demeurèrent toujours distinctes de celles des procureurs, les premiers portant la parole, les seconds tenant la plume, furent, d'abord, choisis, pour chaque affaire, parmi les avocats. Plus tard, ces emplois devinrent fixes et furent convertis en office[17]. Bien que recevant les instructions générales du chancelier[18], les officiers du ministère public ont toujours participé, dans notre ancien droit, à l'indépendance des parlements et n'ont jamais formé un corps un et indivisible dont tous les membres seraient reliés les uns aux

[15] Voy. Lebon, *Des principaux magistrats du parquet aux parlements*, 1875; Casteran, *Notice historique sur le ministère public* (*France judiciaire*, t. 2, 1877, I[re] part., p. 468 et s.); Coumoul, *Précis historique sur le ministère public* (*Nouv. rev. hist.*, 1881, p. 299 et s.).

[16] Le titre de procureur général, donné au procureur du roi près le parlement, apparaît, pour la première fois, dans une ordonnance du 2 octobre 1354 (*Ord. des rois de France*, t. 3, p. 346).

[17] D'après Boucher d'Argis, *Histoire abrégée de l'ordre des avocats*, ch. XVI, ce serait en 1573 qu'un avocat acheta l'office d'avocat du roi au grand scandale de son ordre.

[18] Voy. dans la correspondance de d'Aguesseau, ses lettres aux procureurs généraux (*Œuvres*, t. 10 et suiv., *passim*).

Digitized by Google

autres par les liens de la subordination hiérarchique [19].

43. Cette transformation du caractère de la poursuite eut une influence successive sur l'organisation et le caractère de la procédure. A partir du XIII[e] siècle, en effet, en même temps qu'apparaît et se développe la poursuite d'office, les vieux modes de preuve font place aux *enquêtes*. Cette évolution a son point de départ certain dans la procédure qui, depuis la fin du XII[e] siècle, a été introduite devant les tribunaux ecclésiastiques.

L'église, après avoir conquis la juridiction criminelle sur tous ceux qui lui appartenaient, les *clercs*, emprunta, d'abord, aux tribunaux du Bas-Empire, la procédure accusatoire, avec ses deux caractères ordinaires, la publicité et la libre défense. Mise en contact, plus tard, avec les peuples de race germanique, elle introduisit, devant ses tribunaux, soit la poursuite d'office en cas de flagrant délit, soit le mode de preuve et de défense le plus usité, le serment purgatoire (*purgatio canonica*). L'église subissait ainsi, dans sa procédure, l'influence successive du droit romain et du droit germanique. Mais, à la fin du XII[e] siècle, Innocent III, en constituant la poursuite d'office sans accusation ni dénonciation, inaugura une nouvelle procédure, celle-là bien ecclésiastique, la procédure d'*inquisitio*, qui consistait essentiellement dans une enquête, faite par le juge, contradictoirement avec le prévenu, secrètement et par écrit, enquête à la suite de laquelle le juge rendait sa sentence [20].

[19] Ortolan et Ledeau, *Le ministère public en France* (1831, 2 vol., in-8°), t. 1, p. XXXI.

[20] Les témoins n'eurent point, aux yeux de l'église, une égale valeur : elle pesa les dépositions, plutôt qu'elle ne les compta, et, pour éclairer son jugement, elle fit appel, dans les *cours de chrétienté*, plus tard désignées sous le nom d'*officialités*, à divers indices, à diverses sources d'information, que les tribunaux séculiers négligeaient. Elle rejeta les ordalies et les cojureurs, abandonnant ces procédés superstitieux ou primitifs, pour n'accepter que les jugements du bon sens et de la raison. Ce qui contribuait, sans doute, à donner à l'église cette direction, c'est qu'elle avait, dans le discernement et les lumières de ses juges, une confiance que le pouvoir laïque n'avait point

Digitized by Google

Cette institution, approuvée par le concile de Latran de 1215, se répandit très rapidement dans le midi de la France où elle ne constituait pas, du reste, une nouveauté. L'ordonnance de 1254 constate, en effet, que, dans les sénéchaussées de Cahors et de Beaucaire, on procédait contre les crimes par voie d'*inquisitio, secundum jura et terre consuetudinem*[21]. C'est qu'en effet cette procédure avait ses racines dans la poursuite *extra-ordinem* des derniers temps de l'Empire dont les traditions s'étaient conservées dans les pays plus directement soumis à l'influence romaine. La procédure *per inquisitionem* rencontra, au contraire, une vive résistance dans les provinces du Nord. Ainsi, d'après la coutume d'Artois, « nul « gentilhomme ne se met en enquête sur un fait qui touche à « son honneur. Toute enquête qui serait faite sans son con- « sentement n'aurait aucune valeur[22] ». L'ancienne procédure d'accusation subsiste à la fin du XIII^e^ siècle pour les nobles qui ne veulent pas se soumettre à l'enquête. Quand le gentilhomme n'est pas pris en flagrant délit et qu'il est accusé d'un crime capital, la justice doit lui demander d'abord s'il nie le fait dont on l'accuse, ou s'il veut se mettre en enquête, « en la vérité de son pays ». S'il nie le fait et déclare que l'accusateur en a menti, il y a lieu à gages de bataille[23]. Mais la procédure inquisitoire était en usage pour les vilains. « Vilain se met bien en enquête, et en la voix de son pays, des faits dont on l'accuse; et s'il ne voulait s'y

encore. Elle regardait sa mission comme divine, et son jugement était vraiment le jugement de Dieu. Mais, d'un autre côté, devant la juridiction ecclésiastique, l'inculpé n'était plus un simple défendeur, c'était un prévenu, dont le juge avait le droit de rechercher tous les actes par une enquête attentive et minutieuse (*inquisitio*), un prévenu contre lequel le juge pouvait employer tous les moyens d'information. Il y a, dans cette psychologie ecclésiastique, une explication des transformations de la procédure.

[21] Ch. 21, Ord., I, 65. — Voy. sur tous ces points : Tardif, *La procédure civile et criminelle*, aux XIII^e^ et XIV^e^ siècles, ou procédure de transition (1885, in-8°), p. 145.

[22] Coutumier d'Artois, éd. Tardif, art. XLV, 4, p. 104.

[23] Voy. Tardif, *op. cit.*, p. 147.

Digitized by Google

mettre de bon gré, la justice enquerra d'office, s'il lui plait[24] ».

La procédure inquisitoire s'infiltra donc, peu à peu, dans les usages des juridictions laïques, par l'effet des mœurs bien plus que par celui des lois. Jusqu'à la fin du XV^e^ siècle, l'agent principal des transformations profondes qui s'accomplissent dans cette voie, c'est la jurisprudence. A vrai dire, les légistes bien plus que les lois sont les facteurs énergiques de ce mouvement. Cette façon de procéder que devaient préconiser les clercs, qui commencèrent à figurer dans les cours laies quand celles-ci devinrent permanentes et eurent des juges proprement dits au lieu de jurés, fut adoptée d'abord par les juges royaux et seigneuriaux. Le pouvoir royal n'intervint qu'une fois l'évolution accomplie, pour fixer, dans le cadre de ses ordonnances, un système pratiqué depuis longtemps et arrivé à son plein développement.

On suit ce travail de codification dans trois ordonnances successives, qui constituent les sources législatives de notre ancienne procédure pénale : l'ordonnance de Blois, de Louis XII, du mois de mars 1498; celle de Villers-Cotterets, préparée par le chancelier Poyet, et rendue, en août 1535, sous François I^er^, sur le fait de la justice et abréviation des procès; enfin, l'ordonnance de Louis XIV, du mois d'août 1670, codification complète et dernière de la procédure inquisitoire, et qu'on désigne, par ce motif, sous le nom de l'*Ordonnance criminelle*. Les deux premières ne s'occupent de la procédure criminelle qu'incidemment; la troisième est exclusivement consacrée à en tracer les règles.

Cette consécration législative de la procédure inquisitoire fut acceptée sans résistance par la nation. Mais elle ne passa pas sans de vives protestations de la part des juristes, notamment de Dumoulin et de Pierre Ayrault. Dans son principal ouvrage, l'*Ordre, formalité et instruction judiciaire*, Ayrault, en montrant, jusqu'à l'évidence, les dangers et les vices du système inquisitoire, revendique, comme les bases mêmes de

[24] Coutumier d'Artois, art. XLVI, 1, p. 104. Voy. la préface de Beugnot (p. CXIII) aux coutumes de Beauvaisis, de Beaumanoir.

Digitized by Google

toute procédure criminelle, l'oralité des débats, la publicité, la liberté de la défense.

44. Exposons, dans ses grandes lignes, la suite entière d'un procès sous ce régime. La procédure se divise en trois phases : 1° l'information; 2° le récolement et la confrontation; 3° le jugement.

I. Désormais, sauf le cas de flagrant délit, où on saisit le coupable qu'on interroge sur-le-champ, toute procédure criminelle commence par une *information*. Celle-ci est entreprise, soit sur la plainte de la partie lésée, soit sur la plainte du procureur du roi, qui, averti par une dénonciation ou autrement, requiert le juge; soit par un acte d'initiative du juge, qui peut toujours se saisir d'office. « Tout juge est procureur général », disait-on dans l'ancien droit.

L'information a pour but de recueillir les preuves et les premiers éléments du procès. Les témoins, cités par la partie civile ou la partie publique, sont entendus un à un et secrètement[25]. Mais l'information est d'abord l'œuvre des officiers de justice subalterne, tels que sergents, capables, au dire d'Imbert[26], de la faire « grasse ou maigre, selon le désir de la partie, non pas selon que les témoins veritablement dient ». On s'aperçoit bientôt qu'il y a quelque danger à confier une mission si grave à des hommes dont la moralité est, à bon droit, suspecte, et, pour contrôler leurs rapports, le *récolement* des témoins, fait par le juge même, devient obligatoire. Puis, l'ordonnance de 1670 abolit entièrement l'usage de faire informer « par un sergent et un notaire ». Dorénavant, la déposition sera écrite par un greffier, en présence du juge[27]. Dans le but de découvrir des témoins, lors-

[25] Ord. de 1670, t. 6, art. 11 : « Les témoins seront ouïs secrètement et séparément. — Défendons aux greffiers de communiquer les informations et autres pièces secrètes du procès ». Le principe du secret était tellement entré dans les mœurs et semblait tellement naturel, qu'en 1670, ces dispositions ne soulevèrent plus aucune observation.

[26] Imbert, III, ch. 13, n°s 13 et 14.

[27] Ord. de 1670, tit. VI, art. 9.

Digitized by Google

que le fait est d'une certaine gravité, on a recours aux *monitoires*. Ce sont des ordres du juge d'église, affichés aux portes des églises, et lus au prône, enjoignant à tous les fidèles de déclarer au curé ce qu'ils savent concernant tel crime, lequel est spécifié dans le libellé du monitoire, mais sans mention de la personne qui peut être l'objet de soupçons. Le curé transmettait ensuite, sous son sceau, les renseignements ainsi obtenus aux juges enquêteurs[28].

L'usage de ce moyen d'instruction, tout à fait spécial, était habituellement réservé pour les crimes de lèse-majesté, de sacrilège et d'hérésie ; il avait été introduit par l'église, et porte bien l'empreinte de sa manière de procéder pour la recherche du coupable.

Si l'information contient des charges, il y a lieu à *décret* contre l'accusé. L'ordonnance de 1670 admet trois sortes de décrets : celui d'assigné pour être ouï, celui d'ajournement personnel, et celui de prise de corps. Le choix entre ces différents décrets se détermine d'après la qualité des crimes, des preuves et aussi des « personnes » ; on ne peut décerner un décret de prise de corps contre un domicilié, « si ce n'est pour peine afflictive ou infamante ». Ce décret constituait l'accusé en état de détention préventive. L'accusé, cité ou prisonnier, doit être interrogé par le juge. Comme dans la plupart des cas, sans l'aveu de l'accusé, on ne pouvait pas prononcer les peines les plus graves, l'art d'interroger était une qualité précieuse chez le juge instructeur[29]. On sait que l'ordonnance de 1670 imposait à l'accusé interrogé l'obligation de prêter serment, l'assimilant ainsi, en sa propre cause, à un témoin, également tenu de jurer tant à la première audition qu'au récolement [30].

[28] Ord. de 1670, tit. VII.

[29] Les observations, dont Jousse a fait précéder le titre XIV de l'Ordonnance, constituent une sorte de manuel du magistrat instructeur. C'est la « question intellectuelle » dont Jousse fait la théorie.

[30] On sait la discussion qui intervint sur ce point, dans la préparation de l'ordonnance, entre le président de Lamoignon et Pussort. Voy. Esmein, *op. cit.*, p. 229. Le président de Lamoignon combattit vainement une telle dis-

Digitized by Google

II. Sur le vu des pièces de cette première instruction, a lieu, par le magistrat instructeur même, le *règlement* de la procédure. Deux voies s'ouvrent, et nous trouvons deux formes de procédure, qui bifurquent : l'*ordinaire* et l'*extraordinaire*. C'est là une distinction capitale, dont l'importance, depuis le XIII^e^ siècle, a été toujours grandissante. La *procédure ordinaire*, c'est la procédure civile, sans la torture comme moyen de preuve, avec la publicité de l'audience, et la libre défense de l'accusé [31] ; la *procédure extraordinaire*, c'est celle où la question est ordonnée, avec le secret de la procédure, l'absence de conseil, c'est, en un mot, la *procédure criminelle inquisitoriale*.

Le règlement à l'extraordinaire résultait d'un jugement portant que les témoins, entendus dans l'information, seraient « ouïs de nouveau, récolés en leurs dépositions, et, si besoin est, confrontés à l'accusé [32] ». Le *récolement* est une nouvelle audition des témoins, qui comparaissent devant le juge assisté du greffier, prêtent serment, entendent la lecture de leur précédente déclaration et y font les additions et réclamations qu'ils jugent nécessaires. Le témoin, après le récolement, ne peut plus se rétracter sous peine de faux témoignage [33]. La *confrontation* est la mise en présence des accusés, des témoins et des coaccusés. Elle est appelée parfois *accariation* ou *accarement* (du grec χαρη, front, visage). L'accariation se dit plus spécialement de la confrontation d'un accusé avec son coaccusé, et la confrontation, de la mise en présence des accusés et des témoins.

Lorsque les informations, interrogatoires, récolements et confrontations étaient terminés, le procès était instruit et sor-

position, qui plaçait le coupable entre le parjure et un aveu dont il devenait victime.

[31] Dans le cas de règlement à l'ordinaire, l'information était transformée en enquête et le procès était suivi devant les juges civils, d'après les formes ordinaires de l'ordonnance de 1667, l'information étant maintenue comme enquête.

[32] Ord. de 1670, tit. XV, art. 1.

[33] Ord. de 1670, tit. XV, art. 11.

Digitized by Google

tait des mains du juge d'instruction pour passer aux mains d'un rapporteur qui était chargé d'en exposer les résultats au siège assemblé. Mais, auparavant, le « sac », contenant les pièces de la procédure, était confié au procureur du roi pour qu'il prît ses conclusions définitives. Ces conclusions pouvaient tendre à l'application de la peine, comme elles pouvaient tendre aussi à l'application de la torture ou à la preuve des faits justificatifs.

Le rapport qui précédait le jugement avait une extrême importance.

Aussi le rapporteur devait-il opiner le premier. Personne, autre que les juges, n'assistait à la « visite du procès » et au rapport : on excluait même les « gens du roi ». Avant de passer au jugement, on faisait comparaître l'accusé pour subir un dernier interrogatoire : c'était la première fois qu'il se trouvait en présence de ses juges. Lorsque les conclusions du ministère public tendaient à une peine afflictive, le dernier interrogatoire devait avoir lieu sur la *sellette;* dans les autres cas, il avait lieu « derrière le barreau ou parquet de la chambre... »

L'instruction du procès n'était pas toujours terminée à ce moment-là. Si au lieu de preuves certaines et péremptoires, il ne se dégageait contre l'accusé que des indices graves, si l'on n'avait pu « rien gagner sur lui », suivant l'expression de l'ordonnance de 1539, on recourait, pour obtenir un aveu, objet constant, à cette époque, des préoccupations de la justice, à la *torture,* cette forme d'interrogation qui paraissait si naturelle, qu'on la désignait simplement, dans le langage usuel, sous le nom de *question judiciaire.*

Si l'usage de la torture était général, les procédés employés pour l'administrer variaient de pays à pays. Chaque contrée, presque chaque tribunal avait le sien : par exemple, le Parlement de Paris procédait autrement que le Parlement de Bretagne et celui de Toulouse; mais il y avait des genres de tortures plus habituels que d'autres[34]. Dans

[34] Les manières les plus usitées de donner la torture étaient la *question à l'eau,* aux *brodequins,* au *feu,* à l'*huile bouillante,* à l'*estrapade.*

Digitized by Google

le ressort du Parlement de Paris, on employait, concurremment, la question à l'eau, consistant à verser, dans le gosier du patient, par un cornet ou entonnoir, un certain nombre de pots d'eau, et la question aux brodequins, qui se donnait en plaçant le patient sur un siège de bois, les bras attachés à deux grosses boucles de fer scellées au mur et lui serrant fortement les jambes, dans des espèces de boîtes dont on rétrécissait graduellement la capacité en y faisant entrer des coins à coups de maillet. Les progrès de l'humanité en cette matière consistèrent à ne pas pousser jusqu'au bout l'épreuve. Près du malheureux, fut placé un médecin qui lui tâtait le pouls, l'examinait et arrêtait l'exécution quand l'homme de l'art était convaincu que la torture pouvait compromettre la vie.

Nos tribunaux distinguèrent, dans la pratique, deux genres de questions, la question *ordinaire* et la question *extraordinaire :* mais la législation ne précisa guère les cas où les juges devaient s'arrêter à la question ordinaire, les cas où ils pouvaient passer à l'emploi de l'extraordinaire, laquelle consistait, moins dans un mode de tourments nouveaux, que dans la réitération de celui auquel on avait eu déjà recours. L'ordonnance de 1670, codifiant la pratique déjà en vigueur, voulait que le prévenu fût interrogé trois fois, avant, pendant et après la torture. Le dernier interrogatoire s'appelait *interrogatoire sur le matelas*, du nom du matelas sur lequel on étendait le patient après l'épreuve qui lui avait été infligée. A côté de la question ordinaire ou extraordinaire, dite *préparatoire*, il en existait une autre, dite préalable ou *définitive*, qu'on ne prononçait que contre les condamnés à mort pour obtenir des aveux ou le nom de leurs complices[35].

III. Le jugement avait lieu sur les *pièces* de l'information, sans que le tribunal, pour apprécier la culpabilité, pût entendre les témoins, et les confronter soit entre eux, soit avec

[35] Certaines personnes, telles que les enfants, les malades, les infirmes et les vieillards, n'étaient pas condamnés à la question, mais étaient simplement *présentés à la question* pour les épouvanter par la crainte des tourments.

Digitized by Google

l'accusé. Réduit ainsi à la lecture d'un dossier, privé de ces impressions d'audience qui déterminent la conviction, le juge, dans notre ancien droit, mesurait la force probante de telle ou telle preuve d'après des règles formulées à l'avance et non d'après son rapport avec les faits du procès[36]. Avec ce système, dit des *preuves légales*, le résultat du procès pénal dépendait de la question de savoir si la preuve tarifée d'avance était ou non rapportée. L'accusation une fois établie suivant le procédé légal, il n'était plus permis à l'inculpé de combattre la preuve faite par de simples dénégations. Il devait, à son tour, apporter la preuve de faits positifs, de nature à détruire les faits établis ou à supprimer leur criminalité. C'était là ce qu'on appelait des faits justificatifs.

La décision aboutissait à une *condamnation*, une *absolution*, ou un *plus ample informé*. Pour la condamnation, le partage des voix profitait à l'accusé. Il y avait deux sortes de sentences d'absolution : la *mise hors cour* et le *congé* ou *décharge de l'accusation*. La différence essentielle, c'est que, dans le premier cas, la formule employée faisait obstacle à toute action en dommages-intérêts de l'accusé contre la partie civile, tandis que le congé, attestant la complète innocence de l'accusé, était ordinairement accompagné d'une condamnation contre la partie civile. Entre une condamnation et une absolution immédiate, se plaçait une solution intermédiaire : c'était le *plus ample informé*. Cet interlocutoire, rendu dans le cas où il n'y avait pas de preuve suffisante pour la condamnation de l'accusé, et où la nature du crime ou de la peine ne permettait pas de recourir à la question préparatoire, était susceptible de se transformer en absolution s'il ne survenait pas de nouvelles charges pendant le délai fixé par le juge. Dans les crimes énormes, le plus ample informé pouvait même être indéfini et rendre la poursuite imprescriptible.

[36] « *Nec enim a judice exigitur ut suam sententiam de crimine dicet, verum ut sententiam legislatoris applicet* », suivant les expressions de Krisius (Com. Carol. V, 2, p. 26).

Digitized by Google

L'ordonnance n'exigeait point que les sentences fussent motivées. Cependant, les juges inférieurs « devaient exprimer « la cause de la condamnation ou celle de l'absolution. Aussi « toutes les fois que cela se rencontre (qu'ils ne l'expriment « pas), le Parlement ou autre Cour infirme la sentence ou le « jugement et prononce néanmoins la même chose que la sen- « tence; mais, à l'égard des Parlements et Cours, ils ne sont « point astreints à cette formalité, on met seulement dans l'ar- « rêt que l'accusé est condamné pour les cas résultant du pro- « cès[37] ».

Ainsi, la procédure criminelle, depuis son premier acte jusqu'à l'arrêt du Parlement, était secrète et confiée à des magistrats de profession. Pas de public, pas d'avocat, pas de juges tirés des rangs du peuple. Les seules garanties étaient le système des preuves, organisé par la coutume, pour que les juges ne se sentissent pas au-dessus de la loi, et le droit d'appel, ouvert avec la plus grande libéralité.

L'ordonnance de 1670 avait substitué deux degrés de juridiction aux trois admis auparavant. L'appel du jugement portant des peines afflictives et infamantes dut toujours être porté au Parlement, tandis que, dans les autres cas, les condamnés avaient l'option entre cette haute cour et le bailliage ou le présidial. Ces principes modérèrent, il faut l'indiquer en passant, l'application de la torture, car l'appel fut obligatoire et forcé pour la question, et lors même que le condamné avait acquiescé à la sentence qui le condamnait à la torture, le principe des deux degrés de juridiction n'en subsistait pas moins. Telle était la doctrine que, au XVII[e] siècle, fit prévaloir, dans l'intérêt de l'accusé, l'avocat général Talon. Il en résulta qu'en fait, la torture ne put être désormais ordonnée et appliquée sur une simple sentence du premier juge. Le ministère public, à défaut de l'accusé, appelait toujours de cette sentence. Ce fut donc toujours, avec l'assentiment du Parlement que la question fut employée, ce qui restreignit notablement l'usage de cet odieux procédé d'instruction.

[37] Rousseau de Lacombe, *Mat. crim.*, p. 457.

Digitized by Google

45. Ce redoutable appareil de formalités et de moyens employés pour convaincre le coupable, assurait-il davantage la défense de l'ordre et la sécurité publique que les mesures plus discrètes et plus humaines qui y ont été substituées? Le malfaiteur, averti qu'une fois arrêté et traduit devant les tribunaux, il ne rencontrerait aucune indulgence, aucune possibilité de se soustraire aux redoutables éventualités qui le menaçaient, était-il plus retenu qu'il ne l'est de nos jours? Le grand nombre de condamnations prononcées par nos anciennes cours de justice, les documents plus ou moins officiels qui nous restent sur l'état social de l'ancienne France, permettent d'en douter. Évidemment, on ne peut dresser qu'une statistique très incomplète de la criminalité dans l'ancienne société : néanmoins, on peut affirmer que certains crimes, précisément les plus graves, étaient plus nombreux alors, qu'ils ne le sont aujourd'hui; et nous voyons, aux XVI^e^ et XVII^e^ siècles, en dépit des sévérités outrées de la législation criminelle, les larrons pulluler sur les routes, les brigands remplir les forêts, les gens de finances commettre d'insolentes concussions, et les hommes de guerre, des violences et des rapines [38]. Il semble donc que la société fut, sous l'ancien régime, plus exposée aux entreprises criminelles qu'elle ne l'est de nos jours, malgré l'excès de la défense sociale. Sous un régime plus modéré, nous nous sentons, aujourd'hui, mieux protégés et moins inquiets. Il est vrai que ce sentiment de sécurité tient autant à la disparition de l'arbitraire qu'à la meilleure organisation de la police; néanmoins, il faut constater, pour en tirer parti, cette déroute de l'ancienne législation criminelle.

46. La procédure criminelle inquisitoriale ne fut pas une institution particulière à la France : elle forma, au contraire, le droit commun de l'Europe continentale. En Italie, en Espagne, en Allemagne, dans les Pays-Bas, les mêmes causes substituèrent, à la procédure accusatoire et publique, l'instruc-

[38] Voy. Corre et Aubry, *Documents de criminologie rétrospective* (*Arch. d'anthrop. crim.*, t. 9, p. 181, 322, 684; X, p. 72, 310).

Digitized by Google

tion écrite et secrète. Deux choses caractérisèrent cependant la procédure française et la distinguèrent de celle des nations voisines. Ce fut l'institution du ministère public qui, en France seulement, constitua un des rouages essentiels de l'organisme judiciaire. Ce fut aussi la précision et la rigueur avec laquelle la jurisprudence française sut formuler les règles de la procédure. L'esprit français s'appliqua à les coordonner, à les organiser, à en faire un corps de droit, à en présenter la formule définitive dans la grande ordonnance criminelle de 1670.

47. L'Angleterre seule conserva, dans sa procédure, les garanties qu'avaient possédées les autres nations de l'Europe, à un moment de leur histoire : le système accusatoire, la publicité, l'oralité des débats. De plus, elle sut donner, à l'institution du jury, la forme même que devaient adopter plus tard l'Europe et l'Amérique. L'Angleterre eut bien à lutter, pour défendre sa procédure traditionnelle, contre les mêmes influences que le continent européen avait subies : celles du droit romain et du droit canonique, mises en œuvre par la royauté et pour la royauté. Mais l'Angleterre dut la persistance du système accusatoire, tant à l'attachement aux vieux usages et à l'opiniâtreté qui caractérisent son peuple, qu'aux sentiments individualistes et libéraux qui l'honorent.

Le droit anglais avait conservé le principe accusatoire, il se présentait sous deux formes.

Le premier était la reproduction de l'ancienne accusation féodale, l'*appeal*, appel. C'est l'accusation qu'un particulier portait contre un autre dans un intérêt privé. Elle n'était ouverte qu'à la victime même, dans les crimes de larcin, rapt, incendie, mutilation, et elle avait lieu directement devant la cour de justice, sans l'intervention du jury d'accusation. Le duel judiciaire était ouvert à l'accusateur comme moyen de justification. Mais celui-ci pouvait aussi en appeler au jugement du pays, c'est-à-dire au jury.

La seconde forme d'accusation, celle qui devait servir de modèle aux législateurs de l'Assemblée constituante de 1789,

Digitized by Google

était ouverte à tous et devait nécessairement passer par le double jury d'accusation et de jugement.

L'accusateur débutait par une requête, demandant au magistrat, qui était devenu le principal officier de police judiciaire, au juge de paix « *Justice of peace* », un ordre d'arrestation ou un mandat de citation contre celui qu'il voulait accuser. Le magistrat examinait les faits allégués, et délivrait, s'il y avait lieu, le *warrant* ou ordre d'arrestation, en vertu duquel l'accusé était transféré et détenu dans la prison du comté.

L'affaire était alors soumise au *grand jury* pour statuer sur la mise en accusation. Le *jury d'accusation* comprenait vingt-trois tenanciers choisis par le *sherif*. Il se réunissait sous la présidence du chef (*forman*) et entendait le plaignant (*persecutor*) et les témoins à charge, sans appeler les témoins à décharge et les accusés. Pour que la mise en accusation fût prononcée, l'avis conforme de douze jurés était nécessaire. La décision, écrite par le *forman* au bas de l'*indictement* (acte d'accusation dressé par le plaignant), était ainsi formulée : *truc-bill* (vrai bill) si l'accusé était mis en accusation, *no-bill* (pas de bill) si l'accusé n'était pas renvoyé devant le jury de jugement.

L'accusé comparaissait, à la barre, devant le juge qui présidait l'assise ; le greffier lisait l'indictement, annonçait qu'il avait été trouvé fondé par le grand jury et demandait à l'accusé s'il voulait plaider *guilty* ou *not guilty* (coupable ou non coupable). Si l'accusé plaidait coupable, c'est-à-dire s'il avouait sa culpabilité, il était jugé, sans assistance du jury, par le juge qui lui appliquait la peine. S'il plaidait coupable, l'affaire s'engageait devant le jury. On tirait alors le nom des jurés sur une liste de 48 à 72 noms, dressée par le shérif ; l'accusé et le plaignant avaient le droit d'exercer un certain nombre de récusations, les unes motivées, les autres péremptoires. Les douze jurés non récusés prêtaient alors serment. L'avocat du plaignant leur exposait l'affaire, produisait et interrogeait les témoins. L'avocat de l'accusé les interrogeait à son tour, produisait et interrogeait les témoins à décharge et présentait la défense de l'accusé. Après la clôture des débats,

Digitized by Google

le juge, président du jury, faisait son résumé. Puis les jurés étaient renvoyés dans la chambre de leurs délibérations. Ils devaient rendre leur verdict à l'unanimité, et étaient gardés dans leur chambre, sans feu, sans lumière, sans manger ni boire, jusqu'à ce qu'ils se fussent mis d'accord.

En dehors de cette organisation, la législation anglaise assurait à l'accusé une double garantie pour protéger sa liberté et présenter sa défense. D'après le célèbre bill d'*habeas corpus*, rendu la trentième année du règne de Charles II, tout prisonnier doit obtenir, six heures après le commencement de sa détention, une copie de son *warrant* d'emprisonnement. Et, s'il n'est pas légalement détenu, il doit être immédiatement relâché. Il peut, de plus, demander à être jugé à la session qui suit son emprisonnement, et, s'il n'est jugé à la seconde, il est mis en liberté. Quant à la plénitude et à la liberté de la défense, l'accusé a toute garantie, non seulement par la publicité et la contradiction qui sont partout organisées, mais encore par l'obligation imposée au président d'avertir l'accusé qu'il n'est pas tenu d'avouer et de lui faire connaître les conséquences graves que peut avoir son aveu.

Toutes ces institutions ont persisté, ainsi que nous le verrons, dans la procédure anglaise, qui représente encore de nos jours le type conservé de l'ancien système accusatoire.

§ VII. — L'ORGANISATION JUDICIAIRE ET LA PROCÉDURE DANS LES LOIS DE LA RÉVOLUTION JUSQU'AU CODE DE 1808.

48. L'état d'esprit à la veille de la Révolution. Réformes opérées. — **49.** La législation criminelle de l'Assemblée nationale constituante. — **50.** En matière de crimes, la procédure parcourait trois phases. Instruction au canton. Au district, magistrat directeur du jury et jury d'accusation. Jugement. — **51.** Qualités et vices de cette procédure. — **52.** Procédure en matière de délits, soit de police correctionnelle, soit de police municipale. — **53.** Application du système de procédure de l'Assemblée constituante. Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV. — **54.** Les lois de l'an IX. Reconstitution de la procédure d'instruction et du ministère public. — **55.** Les tribunaux criminels spéciaux.

48. Au XVII[e] siècle, l'esprit public ne paraît pas hostile à la législation criminelle du temps. La procédure inquisitoire,

Digitized by Google

son secret, l'absence de contradiction, la torture, ce sont là, pour les meilleurs esprits, des rigueurs nécessaires. Il semble que la défense sociale ne puisse être assurée que par ces iniquités. La crainte des criminels, l'horreur d'exécrables forfaits dominent, chez le peuple, tout sentiment de pitié : ce qu'on appelait une bonne justice, c'était une justice sévère. Au XVIII^e^ siècle, le point de vue change ; par cette tendance, si remarquée, qui attribuait, en tout, les torts à la société et qui la présumait coupable, alors que l'individu était présumé innocent, on vit l'opinion publique se retourner contre la justice du temps. La révolution, en transformant la législation, ne fera qu'accomplir des réformes depuis longtemps réclamées par la conscience publique[1]. C'est au mouvement philosophique, qui signale la seconde moitié du XVIII^e^ siècle, qu'est dû, en grande partie, ce résultat. Les philosophes, les publicistes avaient pris pour thème la comparaison entre notre législation et celle de l'Angleterre. Voltaire disait : « En France, le Code criminel paraît dirigé pour la perte des citoyens ; en Angleterre, pour leur sauvegarde ». Montesquieu, traçant le tableau des institutions anglaises, faisait l'éloge de l'institution du jury qu'il recommandait à l'adoption des législateurs. A l'étranger, un mouvement analogue se produisait. Les magistrats eux-mêmes protestaient contre la législation du XVIII^e^ siècle. Les académies, suivant l'opinion, mettaient au concours le plan de réformes à introduire dans le droit criminel. Il ne faut donc pas s'étonner que les réformes, dans cette direction, aient précédé la révolution. C'est ainsi que la torture fut abolie en France, sous Louis XVI, par la déclaration du 4 août 1780, qui supprima la question préparatoire[2].

A la veille de la révolution, le gouvernement royal reconnaissait qu'une réforme générale de la procédure criminelle

§ VII. [1] Voy. sur ce point : Esmein, *op. cit.*, p. 386 et suiv.; Détourbet, *La procédure criminelle au XVII^e^ siècle* (Paris, 1881), p. 161 et suiv.; Albert Desjardins, *Les Cahiers des États généraux en 1789 et la législation criminelle* (Paris, 1883), p. XI et suiv.

[2] Muyart de Vouglans, *Les Lois criminelles* (Paris, 1780), p. 59.

Digitized by Google

était nécessaire; il en traçait les grandes lignes dans le préambule de l'édit du 1er mai 1788. En attendant, cet acte abrogeait plusieurs abus auxquels il avait paru urgent de remédier. 1° L'usage de la sellette était aboli (art. 1er). 2° Il était défendu de rendre des sentences non motivées. « Ne pourront « nos juges, même nos cours, prononcer en matière crimi- « nelle pour les cas résultant du procès : voulons que tout « arrêt ou jugement énonce ou qualifie expressément les « crimes et les délits dont l'accusé aura été convaincu... « Exceptons les arrêts purement confirmatifs de sentence des « premiers juges, dans lesquels lesdit crimes et délits seroient « expressément énoncés; à la charge par les cours de faire « transcrire, dans le vu de leurs arrêts, lesdites sentences des « premiers juges, le tout à peine de nullité » (art. 3). 3° L'abolition de la question préparatoire était confirmée, la question préalable était supprimée (art. 8). On la remplaçait par un interrogatoire suprême fait par le juge-commissaire, le jour même de l'exécution, avec récolement et confrontation s'il était besoin. Le condamné, dans cet interrogatoire, comme dans les autres, devait prêter serment. 4° Une condamnation à mort ne pouvait être prononcée qu'à une majorité de trois voix (art. 4). 5° Il était dit également, dans le même article, qu' « aucune sentence, portant peine de mort naturelle, ne « pourra être exécutée qu'un mois après qu'elle aura été pro- « noncée..., sauf les jugements rendus pour des cas de sédi- « tion ou émotion populaire, seront lesdits jugements exécu- « tés le jour qu'ils auront été prononcés aux condamnés ». Ce délai, que l'ordonnance de 1670 ne donnait pas, avait pour objet de permettre au condamné de solliciter la clémence royale. Il disparut dans la législation intermédiaire, par suite, tout à la fois, de l'abolition du droit de grâce et de l'effet suspensif attribué au pourvoi en cassation. Plus tard, bien que le droit de grâce eût été rétabli, le Code d'instruction criminelle, copiant, dans son article 375, le Code de brumaire an IV, ordonna l'exécution des arrêts de mort aussitôt qu'ils seraient devenus définitifs[2]. Mais la coutume a repris, de nos jours,

[2] C'était également la disposition de l'ordonnance de 1670 (tit. XXV, art. 21).

Digitized by Google

la disposition de l'édit de 1788, puisqu'aucune condamnation à mort n'est exécutée qu'après avoir été autorisée par le chef de l'État qui est ainsi mis en demeure d'exercer son droit de grâce. 6° Enfin, on accordait aux accusés absous une réparation d'honneur. « Nos cours et juges ordonnent, disait l'arti- « cle 7, que tout jugement ou arrêt d'absolution rendu en « dernier ressort, ou dont il n'y aura appel, sera imprimé et « affiché aux frais de la partie civile, s'il y en a, sinon aux frais « de notre domaine ».

Cet édit qui souleva, dans le Parlement, la plus vive opposition et qui est le dernier acte d'exercice, par la royauté, de son pouvoir législatif indépendant, ne fut pas appliqué[4]. Mais il prouve que les réformes sont mûres. Ce sera à la nation à les réaliser. Sur aucune des questions qui agitèrent l'opinion publique à cette époque, on ne rencontre pareille unanimité. Dans les cahiers des États généraux, nous retrouvons, indiquées et réclamées, les réformes mêmes que l'Assemblée constituante va accomplir[5]. 1° Tout d'abord, c'est la publicité des procédures qui est demandée. 2° Puis, l'assistance facultative d'un conseil à l'accusé. Sur ce point, les cahiers des trois ordres sont unanimes. Certains cahiers demandent même que le défenseur soit donné gratuitement. D'autres veulent que le conseil assiste l'accusé dès le début de la procédure; d'autres, seulement après l'interrogatoire. 3° Le serment imposé à l'accusé doit être aboli. 4° On demande la restriction des pouvoirs du juge instructeur, soit au moyen de l'adjonction d'autres magistrats, soit par la substitution, devant la juridiction de jugement, de la preuve orale à la preuve écrite. 5° D'autres réformes sont réclamées qui avaient été déjà opérées par l'édit de 1788, telles que l'obligation de motiver toutes les sentences, la suppression de la torture et l'abolition de la sellette.

[4] Sur cet édit, Esmein, *op. cit.*, p. 400 et suiv.

[5] Comp. A. Desjardins, *Les Cahiers des États généraux en 1789 et la législation criminelle* (Paris, 1883). Sur les vœux émis en ce qui concerne la réforme de l'organisation judiciaire : chap. IX à XII, p. 189 à 253. Sur la réforme de la procédure ou, comme on disait alors, de l'instruction criminelle : chap. XIII à XIX, p. 253 à 439.

Digitized by Google

Ce qui est unanimement condamné, c'est l'ensemble des institutions arbitraires qui jetaient un si grand trouble dans l'administration de la justice. On veut voir disparaître les juridictions d'exception, supprimer cette justice retenue et cet exercice du pouvoir absolu qui se manifestaient, avant tout jugement, par les lettres d'abolition et, sans jugement, par les lettres de cachet[6].

Enfin, le tiers-état de 58 bailliages demande qu'on distingue les juges du fait et les juges du droit[7]. « En matière criminelle, le jugement du fait sera toujours séparé du jugement du droit. L'institution des jurés pour le jugement du fait paraissant plus favorable à la sûreté personnelle et à la liberté publique, les États généraux chercheront par quels moyens on pourrait adapter cette institution à notre législation ». Ainsi, pour l'organisation de la justice criminelle, comme pour celle des libertés publiques, c'est à l'Angleterre que l'esprit public va demander ses modèles[8].

49. L'Assemblée constituante, en remontant aux origines nationales, se trouvait en présence de deux systèmes opposés d'organisation judiciaire et de procédure pénale. L'un, qui avait régi la France depuis les invasions germaniques jusque vers le XV^e^ siècle, donnait à la victime du délit ou à ses parents le droit de se porter accusateurs, organisait le jugement par jurés, la preuve orale, la publicité des audiences, admettait le droit de défense à toutes les phases de la procédure. L'autre, qui, depuis trois siècles seulement, avait pris la place du premier, successivement organisé par les ordonnances de 1498, de 1539 et de 1670, donnait à des fonctionnaires spéciaux le droit d'accuser, ne réservant aux parties que le droit de dénoncer, établissait une procédure par enquête, une in-

[6] A. Desjardins, *op. cit.*, p. 229, 394, 402.

[7] A. Desjardins, *op. cit.*, p. 240 et 245.

[8] On voit, dans les cahiers, invoquer deux exemples, pour justifier l'établissement de la justice par jurés, celui de la France elle-même dans les temps plus anciens, et celui de l'Angleterre dans tous les temps. Comp. Desjardins, *op. cit.*, p. 242.

Digitized by Google

struction écrite et secrète, des preuves légales, supprimait ou restreignait le droit de défense, et donnait aux juges le caractère de fonctionnaires publics, investis de la mission permanente et exclusive de juger.

Dans ses réformes, l'Assemblée constituante n'essaya pas de conserver l'ancienne procédure, en la débarrassant de ses vices et de ses duretés : elle sacrifia les institutions françaises à la *procédure anglaise*, dont elle s'est manifestement inspirée ; elle ne sut pas donner à l'intérêt social de la répression des garanties suffisantes, surtout dans l'organisation de la poursuite et de l'instruction préparatoire. C'est le principal reproche qu'on peut lui faire. Une chose frappe tout d'abord dans son œuvre : c'est la *séparation complète de la justice criminelle et de la justice civile;* chacune d'elles a son organisation distincte, son personnel différent. L'Assemblée constituante voulut aussi réagir contre l'organisation judiciaire ancienne, qui n'avait, à aucune époque, connu cette séparation, et qui concentrait, en dernier lieu, dans les parlements, l'administration des deux justices. Elle réalisa ainsi intuitivement une réforme profonde que la législation postérieure devait abandonner et à laquelle il faudra bien cependant revenir, le jour où l'on comprendra que le procès pénal ne peut pas être jugé comme le procès civil, et que les qualités d'un bon magistrat civil ne sont pas précisément celles d'un bon magistrat criminel.

L'Assemblée nationale constituante vota, sur le droit criminel, quatre lois d'une importance capitale : 1° la loi des 8-9 octobre 1789 qui opère, dans la procédure criminelle, la réforme immédiate des abus les plus graves, mais n'établit qu'un état de choses provisoire[9]; 2° la loi des 16-29 septembre 1791 qui, sous le titre de *Décret concernant la police de*

[9] Cette loi est très intéressante. Elle maintient, en effet, les règles générales de l'ordonnance de 1670. « L'ordonnance de 1670 et les édits et rè-« glements concernant la matière criminelle continueront d'être observés « en tout ce qui n'est pas contraire au présent décret, jusqu'à ce qu'il en « ait été autrement ordonné (art. 28) ». Mais deux principes nouveaux interviennent : la publicité de la procédure et l'assistance d'un conseil. Pour

Digitized by Google

sûreté, *la justice criminelle et l'établissement des jurés*, adapte la procédure, en ce qui concerne les délits les plus graves, à l'institution nouvelle du jury; 3° la loi des 25 septembre-6 octobre 1791 qui, sous le titre trop général de *Code pénal*, établit un système d'incrimination et de pénalité en ce qui concerne les délits de l'ordre le plus grave; 4° la loi des 19 et 22 juillet 1791 qui, sous le nom de *Décret relatif à l'organisation d'une police municipale et d'une police correctionnelle*, règle la pénalité, en même temps que la juridiction et la procédure, quant aux délits d'un ordre inférieur.

Dans cette œuvre législative, on voit s'établir une division tripartite entre les polices municipale, correctionnelle ou de sûreté, auxquelles correspondent trois ordres d'infractions, les délits de police municipale, ceux de police correctionnelle, les délits de sûreté. Superposé sur la division des infractions, l'organisme judiciaire répressif comprend trois ordres de tribunaux : des tribunaux de police municipale et des tribunaux de police correctionnelle, destinés à remplacer les basses et moyennes justices et les prévôtés; des tribunaux criminels, destinés à remplacer les hautes justices, les bailliages, les sénéchaussées, les présidiaux et les parlements.

50. En matière criminelle, la procédure parcourait trois phases successives : 1° une instruction sommaire avait lieu au canton devant l'officier de police; 2° elle se continuait, au district, devant le jury d'accusation; 3° enfin, les débats définitifs et le jugement étaient suivis, au chef-lieu du département, devant le tribunal criminel.

I. C'était le *juge de paix*, cette création de l'Assemblée constituante, qui, dans ce système, concentrait, en ses mains, les fonctions de la police judiciaire. Ce magistrat appelait

la première partie du procès criminel, l'information, le décret de 1789 se montrait plus libéral que ne le seront les lois postérieures. Mais il n'établissait pas le jury. Lors de la rédaction du Code d'instruction criminelle, certains esprits proposaient de revenir purement et simplement à cette première réforme, accomplie, mais à titre provisoire, par l'Assemblée constituante. Voy. sur tous ces points : Esmein, *op. cit.*, p. 410 à 416.

Digitized by Google

devant lui les inculpés de crime ou de délit par *mandat d'amener*, titre analogue au *warrant* du *justice of peace*, et exécutoire, au besoin, par la force publique. C'était le magistrat qui procédait aux premiers actes de l'information, interrogatoire de l'inculpé, audition des témoins, constatations judiciaires. S'il pensait qu'il y eût lieu à poursuite criminelle, il faisait arrêter l'inculpé en vertu d'un *mandat d'arrêt*.

Le juge de paix agissait d'office, en cas de flagrant délit, ou encore lorsqu'il avait connaissance d'une mort dont la cause était inconnue ou suspecte : dans les autres cas, il agissait sous l'impulsion des particuliers. Ceux-ci procédaient par la voie d'une plainte ou d'une dénonciation civique. La terminologie et les effets de ces deux modes d'impulsion des particuliers étaient nettement arrêtés. La plainte émanait de la partie lésée : c'était une « dénonciation de tort personnel ». Elle avait pour effet de saisir le juge de paix qui devait procéder aux actes de sa fonction. Cet officier était obligé de recevoir la déposition des témoins produits par le plaignant, et de dresser, s'il y avait lieu, des procès-verbaux sur sa réquisition. Si le juge de paix refusait de poursuivre, la partie lésée avait le droit de soumettre directement sa plainte au jury d'accusation. La dénonciation émanait d'une personne non intéressée : elle était un devoir civique pour tous les citoyens. Signée et affirmée par le dénonciateur, elle avait le même effet que la plainte. Si le dénonciateur refusait de signer et d'affirmer sa dénonciation, le juge de paix n'avait aucune obligation, mais la faculté de poursuivre d'office s'il y avait lieu.

Les officiers de gendarmerie exerçaient les fonctions de police judiciaire en concours avec les juges de paix, sauf dans les villes où il y avait plusieurs juges de paix.

Les grandes lignes du système ainsi exposées, il faut reconnaître que, dans cette phase, quelques critiques pouvaient être adressées à la nouvelle procédure : 1° elle confiait à des officiers, qui n'étaient ni assez nombreux, ni assez haut placés dans la hiérarchie judiciaire, les fonctions si importantes et si graves de l'instruction préalable ; 2° elle confondait, dans les

Digitized by Google

mêmes mains, le droit de poursuivre et le droit d'instruire : le ministère public n'apparaissait pas dans cette phase de la procédure et le magistrat instructeur se mettait en enquête soit d'office, soit sur l'impulsion des particuliers; 3° enfin, sans ressusciter le système de l'accusation populaire, ce système reconnaissait aux particuliers un droit qu'il refusait au ministère public, celui de mettre en mouvement l'organisme judiciaire.

II. Du canton, la procédure était portée au district : là devait siéger le jury d'accusation; là était la maison d'arrêt; là était, en permanence, un magistrat appelé *directeur du jury*, pris, à tour de rôle, tous les six mois, parmi les juges du tribunal du district. C'était ce magistrat qui recevait le dossier de l'affaire des mains du juge de paix et qui continuait l'instruction. Un des actes les plus importants de cette procédure consistait dans l'interrogatoire du prévenu. L'instruction du 21 octobre 1791, sur l'exécution du décret fixant la procédure par jurés, portait : « Comme la formalité de l'audi-« tion du prévenu dans les vingt-quatre heures est de rigueur, « et comme il est intéressant de connaître si elle a été rem-« plie, le directeur du jury doit en dresser procès-verbal, qui « contiendra les déclarations et réponses du prévenu, sans « qu'il soit besoin d'observer les anciennes formules des in-« terrogatoires, ni de prendre le serment du prévenu qu'il va « dire la vérité : le simple bon sens suffit pour convaincre de « l'inutilité et de l'immoralité d'un tel serment, qui place le « prévenu entre le parjure et la peine. Il répugne également « à la raison de faire au prévenu cette question insignifiante, « s'il entend prendre droit par les charges... Le directeur du « jury ne doit se permettre aucune question captieuse, il « doit entendre la déclaration libre du prévenu ».

Si ce magistrat pensait qu'il n'y avait pas lieu à accusation, il soumettait l'affaire, dans les vingt-quatre heures, au tribunal du district qui prononçait, sur cette question, après avoir entendu le commissaire du roi. S'il pensait qu'il y avait lieu à accusation, ou si, contrairement à son avis, le tribunal l'avait ainsi décidé, il rédigeait l'*acte d'accusation* qui devait

Digitized by Google

être présenté au jury. C'était l'*indictement* de la procédure anglaise sur laquelle avait été calquée, en effet, la marche du procès. En attendant, le magistrat continuait l'instruction; et la déposition des témoins, s'il était nécessaire d'en appeler, se faisait secrètement, elle était recueillie par le greffier du tribunal, « non dans la forme qui s'observait sous l'ancien « régime judiciaire pour les informations, mais comme sim- « ples déclarations destinées seulement à servir de renseigne- « ments[10] ».

Ces règles étaient modifiées, quand il y avait, au procès, un plaignant ou un dénonciateur en cause. Celui-ci devenant associé à la poursuite, l'acte d'accusation devait être rédigé d'accord, ou, en cas de désaccord, chacun dressait le sien, et le jury choisissait. Mais tous les actes d'accusation devaient être soumis au commissaire du roi qui y mettait son visa : « la loi autorise » ; ou son veto : « la loi défend ». Dans ce dernier cas, c'était le tribunal de district qui tranchait la difficulté et départageait. L'examen du commissaire du roi et, par conséquent, du tribunal portait seulement sur le point de savoir si le délit entraînait une peine afflictive ou infamante, en le supposant prouvé.

Le jury d'accusation était composé de huit jurés. Tous les trois mois, le procureur syndic de chaque district dressait une liste de trente citoyens, pris parmi tous les citoyens du district aptes à remplir les fonctions de jurés. Le directoire du district examinait cette liste et l'arrêtait, s'il l'approuvait. Huitaine avant le jour de l'assemblée, le directeur du jury faisait mettre, dans une urne, les noms des trente citoyens inscrits sur la liste, et, au milieu de l'auditoire, en présence du public et du commissaire du roi, il faisait tirer les noms des huit citoyens. Le jury d'accusation se réunissait à huis-clos, sous la présidence du directeur du jury, qui remettait les pièces de la procédure, à l'exception des déclarations écrites des témoins. Ceux-ci devaient être entendus oralement ainsi que la partie plaignante ou dénonciatrice, si elle était

[10] Instruction sur les jurés du 21 octobre 1791.

Digitized by Google

présente. Puis, les jurés laissés seuls par le directeur du jury délibéraient sous la présidence du plus ancien d'âge. Leur décision, prise à la majorité, était inscrite au bas de l'acte d'accusation sous cette forme : « Oui, il y a lieu », ou « Non, il n'y a pas lieu ». Suivant que le jury admettait ou n'admettait pas l'accusation, le directeur du jury rendait contre l'accusé une ordonnance de prise de corps, ou le mettait en liberté, s'il avait été arrêté.

III. En cas d'accusation, l'affaire était portée au tribunal criminel, établi dans chaque département, et composé de deux éléments distincts : trois juges et un président, qui devaient statuer sur la peine; douze jurés, qui devaient prononcer sur le fait. Le ministère public était représenté, auprès du tribunal criminel, par un *accusateur public* et un *commissaire du roi*. Le premier était un fonctionnaire électif, chargé « de poursuivre les délits sur les actes d'accusation admis par les premiers jurés ». Son rôle consistait à diriger l'instruction à charge et à porter la parole pour soutenir l'accusation. Le commissaire du roi avait pour fonction de veiller à l'exécution de la loi et d'en requérir l'application. C'était lui qui, en cas de verdict affirmatif, formulait les réquisitions légales.

Avant l'audience, deux espèces de formalités devaient être remplies.

Le président du tribunal criminel interrogeait l'accusé, dans les vingt-quatre heures de son arrivée à la maison de justice, en présence de l'accusateur public. Il pouvait, d'ailleurs, d'une manière générale, continuer l'instruction.

Puis, avait lieu la formation du jury de jugement. Tout citoyen, qui avait la qualité d'électeur, était tenu de se faire inscrire, au district, sur un registre spécial. Ces inscriptions, envoyées au procureur général syndic du département, formaient une liste générale, sur laquelle ce magistrat choisissait deux cents noms, lesquels, après approbation du directoire de département, formaient les listes de session. Le premier jour de chaque mois, le président du tribunal criminel, qui remplissait une fonction permanente, faisait former le tableau des jurés de jugement pour la session qui devait

Digitized by Google

s'ouvrir le quinze. Un droit de récusations successives et hors présence était accordé, dans des conditions de complication bizarres, à l'accusateur et à l'accusé. Le jour de la formation du tableau, le président du tribunal criminel présente à l'accusateur la liste des deux cents jurés qui lui a été remise par le procureur syndic. L'accusateur public peut en récuser vingt sans donner de motifs. S'il le fait, on met les cent quatre-vingts noms restants dans l'urne et on en tire au sort douze. Cette liste de douze est alors présentée à l'accusé qui peut, à son tour, opérer des récusations. Au fur et à mesure, les jurés récusés sont remplacés par le sort : lorsque l'accusé aura exercé vingt récusations sans motifs, celles qu'il voudra exercer ensuite devront être fondées sur des causes dont le tribunal criminel jugera la validité.

Le jury constitué, l'accusé comparaît devant le tribunal criminel. Là se déroule une procédure, écrite dans les titres VI, VII et VIII de la deuxième partie de la loi de 1791, dont les grandes lignes se retrouvent encore aujourd'hui. Trois traits la caractérisent : 1° D'abord le principe de l'*oralité* du débat, principe relevé avec le plus grand soin et à plusieurs reprises : « L'examen des témoins sera toujours fait de vive « voix et sans que leurs dépositions soient écrites [11] ». Les jurés ne recevaient, comme pièces, que l'acte d'accusation et les procès-verbaux, s'il y en avait[12]. 2° Puis, le régime des *preuves de conviction*, substitué à celui des preuves légales. Cette réforme profonde résultait de la formule même du serment qui était imposé aux jurés : « Vous jurez... de vous « décider d'après les charges et les moyens de défense, et « suivant votre conscience et votre intime conviction, avec « l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme « libre ». Ailleurs, il était dit : « L'accusé pourra faire en- « tendre des témoins pour attester qu'il est homme d'hon-

[11] IIe partie, tit. VII, art. 5.

[12] Instruction sur les jurés : « Ils doivent examiner les pièces du procès, parmi lesquelles il ne faut pas comprendre les déclarations écrites des témoins, mais seulement l'acte d'accusation, les procès-verbaux et autres pièces semblables ».

Digitized by Google

« neur et de probité et d'une conduite irréprochable; les « jurés auront tel égard que de raison à ce témoignage ». 3° La procédure était essentiellement *publique :* tous les actes de l'instruction devaient avoir lieu à l'audience, toutes portes ouvertes, sous le contrôle du peuple. 4° Enfin, on organisait la *contradiction* la plus complète et la plus sérieuse entre l'accusation et la défense.

Le président du tribunal criminel qui dirigeait les débats devait les résumer après leur clôture. Dans l'instruction sur les jurés, on donnait, à cet égard, les plus sages conseils : « Le président du tribunal fait un résumé de l'affaire et la « réduit à ses points les plus simples. Il fait remarquer aux « jurés les principales preuves produites pour ou contre l'ac- « cusé. Ce résumé est destiné à éclairer le jury, à fixer son « attention, à guider son jugement, mais il ne doit pas gêner « sa liberté. Les jurés doivent au juge respect et déférence..., « mais ils ne lui doivent point le sacrifice de leur opinion dont « ils ne sont comptables qu'à leur propre conscience ».

Après avoir résumé les débats, le président posait par écrit aux jurés des questions auxquelles il devait être répondu par un *oui* ou par un *non* pur et simple. En Angleterre, le juge ne donne jamais que des instructions orales, et c'est au jury à composer son verdict. Le système des questions écrites, ainsi inauguré en France par l'Assemblée constituante, est plus conforme aux aptitudes des jurés qui ne sont pas habitués, comme les magistrats de profession, à formuler leur opinion. Mais avec un outil aussi délicat à manier, deux écueils sont à craindre : la *confusion du fait et du droit* et la *complexité des éléments du fait* réunis en une même interrogation. Montesquieu avait déjà donné le conseil de ne présenter aux jurés qu'un fait, un seul fait à la fois. Pour se conformer à cette idée, la loi imposait trois séries de questions sur chaque chef d'accusation : 1° Le fait est-il constant? 2° L'accusé en est-il l'auteur? 3° A-t-il agi avec intention coupable? Cette dernière question, la plus délicate à poser et à résoudre, puisqu'il s'agissait d'une analyse psychologique de l'état d'âme du criminel, devait particulièrement appeler l'attention du prési-

Digitized by Google

dent. « Ce sera au juge qui conduit la procédure et qui pré-« side et dirige le débat, de recueillir attentivement les diffé-« rentes questions relatives à l'intention auxquelles la nature « du fait et des charges peut donner ouverture, pour les in-« diquer au jury et fixer sur cet objet sa délibération. Après « avoir pris l'avis du tribunal sur la manière de poser les ques-« tions, il les posera en présence du public, de l'accusé, de ses « conseils et des jurés, auxquels il les remettra par écrit, et « arrangées dans l'ordre dans lequel ils devront en délibérer[13] ».

Une majorité de dix voix était nécessaire pour la condamnation, et trois voix suffisaient, soit pour décider que le fait n'était pas constant, soit pour décider, en faveur de l'accusé, les questions relatives à l'intention. On écartait ainsi la règle traditionnelle en Angleterre, d'après laquelle la décision d'un jury doit être prise à l'unanimité. L'esprit théâtral de l'époque se manifestait dans la façon dont les jurés émettaient leur opinion. Le vote était reçu par un membre du tribunal, commis par le président et par le commissaire du roi, en chambre du conseil. Là, chaque juré, successivement et en commençant par le chef, « et les uns en l'absence des autres », devait faire sa déclaration « en mettant la main sur son cœur », puis déposait, comme moyen de contrôle, dans une boîte blanche ou noire, une boule de couleur semblable, pour chaque déclaration. Le recensement des boules était fait en présence des jurés. Si la déclaration était négative, ou si les jurés avaient déclaré le fait commis involontairement, ou sans intention, ou pour la légitime défense de soi-même ou d'autrui, le président ordonnait la mise en liberté immédiate de l'accusé. Le décret du 16 septembre 1791 consacrait, en même temps, le principe de l'autorité de la chose jugée, en déclarant que l'accusé, ainsi acquitté, ne peut plus être repris ni accusé pour le même fait. Si la déclaration du jury était affirmative et l'accusé convaincu du crime, le président faisait comparaître l'accusé en présence du public et lui donnait connaissance de la déclaration du jury. Le commissaire du

[13] *Instruction sur les jurés,* IIe part., tit. VII, art. 20 et 21.

Digitized by Google

roi prend alors ses conclusions : l'accusé ou ses conseils ont ensuite la parole pour l'application de la peine. Ils ne peuvent plus plaider que le fait est faux, mais seulement qu'il n'est pas défendu ou qualifié crime par la loi ou qu'il ne mérite pas la peine dont le commissaire du roi a requis l'application. Le président recueille alors les voix, en commençant par le juge le plus jeune. Les magistrats émettent leur avis publiquement et à haute voix. Le jugement formé, le président le prononce et donne lecture du texte de loi sur lequel il s'appuie. Ce jugement peut porter une peine criminelle si le fait est reconnu crime; si le fait ne constitue qu'un délit, une peine correctionnelle. Enfin, si le fait n'est pas punissable, l'accusé est absous. En cas de condamnation, le président retrace, en prononçant le jugement, la manière généreuse et impartiale avec laquelle l'accusé a été jugé : il pourra l'exhorter à la fermeté et à la résignation, lui rappellera les voies de droit qu'il peut encore employer pour sa défense.

La décision des jurés était sans appel. C'est là un caractère qui paraît essentiel à toute juridiction populaire. « La déci- « sion des jurés ne pourra jamais être soumise à l'appel. Si, « néanmoins, le tribunal est unanimement convaincu que « les jurés se sont trompés, il ordonnera que trois jurés seront « adjoints aux douze premiers pour donner une déclaration « aux quatre cinquièmes des voix ». Un pourvoi en cassation, au délai général de trois jours, était seulement possible, soit de la part du condamné, soit de la part du commissaire du roi. En cas d'absolution, le commissaire du roi n'avait même que vingt-quatre heures pour agir.

51. Telle était cette procédure, dont les principes généraux devaient si profondément s'imprimer dans la législation française. Ses qualités et ses vices nous apparaissent aujourd'hui avec un relief saisisssant.

1. La législation nouvelle sépare *l'instruction criminelle, préparatoire* au procès, de *l'instruction définitive* qui précède le jugement. La première, dans le système inquisitoire, constituait toute la procédure; mais elle était bien réduite dans

Digitized by Google

le système nouveau : instruction sommaire par l'officier de police, audition facultative de témoins par le directeur du jury, interrogatoire nécessaire de l'accusé par le président du tribunal criminel; c'était à ces actes fragmentés et qui se faisaient successivement devant tant d'autorités différentes que se ramenait toute la procédure préliminaire au procès. Aussi l'affaire se présentait-elle devant le jury sans être suffisamment instruite. Le dossier ne pouvait même pas être consulté, car les dépositions écrites n'étaient remises ni au jury d'accusation, ni au jury de jugement. On tenait, en effet, par-dessus tout, au caractère d'oralité. On peut dire, que par une de ces réactions aveugles qui dépassent toute mesure, on avait, en réalité, supprimé l'instruction préalable.

II. L'institution du ministère public, à raison de ses origines et des services qu'elle avait rendus à la royauté, parut suspecte à l'Assemblée constituante. Un moment il fut question de l'abolir; puis, frappés surtout des avantages qu'elle présente, soit au point de vue de l'administration de la justice, soit au point de vue de la sûreté de la répression, les législateurs d'alors conservèrent, auprès des tribunaux, des officiers du ministère public appelés commissaires du roi et nommés par le roi. Mais, par une double contradiction qu'expliquent seules leurs préventions, d'une part, ils les rendirent inamovibles et, par conséquent, indépendants du pouvoir dont ils étaient les organes, et, d'autre part, ils leur attribuèrent exclusivement le droit d'être entendus sur l'accusation en matière criminelle et de *requérir* dans l'intérêt de la loi. L'initiative des poursuites criminelles fut réservée aux fonctionnaires de la police judiciaire, c'est-à-dire aux juges de paix et, à leur défaut, aux officiers de gendarmerie, et, la charge de soutenir l'accusation fut donnée à un officier spécial, élu par le peuple, l'accusateur public. Dans ce système, le ministère public n'intervenait en personne que quand l'accusation était, non seulement engagée, mais portée devant le tribunal criminel; le commissaire du roi et l'accusateur public n'apparaissaient, on l'a dit exactement, que « comme des avocats que l'on choisit quand le pro-

Digitized by Google

cès est engagé ». Ces officiers n'avaient pas mis en mouvement l'action publique; ils ne l'avaient pas instruite; ils ignoraient tout de l'affaire, et le rapporteur du projet de loi Duport, se félicitant de cette organisation, disait : « Cet offi-« cier, qui sera l'accusateur public ne doit être aucun de ceux « qui ont déjà agi..., un tel homme serait plus considéré, « plus redoutable que la loi..., il aura la surveillance de tous « les officiers de police; mais jamais il ne pourra les sup-« pléer dans l'exercice de leurs fonctions ».

III. Cette réduction du pouvoir du ministère public avait eu pour conséquence l'exagération même du rôle des plaignants et des dénonciateurs civiques. Ce n'était plus dans leur intérêt privé, mais dans l'intérêt public que ces derniers agissaient. Leur action se manifestait en saisissant le juge de paix et en provoquant une instruction; plus tard, ils pouvaient, de leur propre autorité, saisir le jury d'accusation; dans tous les cas, ils participaient à la rédaction de l'acte d'accusation : en un mot, leur rôle grandissait de tout ce dont diminuait celui du ministère public. C'était le système anglais, transplanté dans un pays dont les mœurs, les habitudes, les traditions étaient réfractaires à toute instruction privée et qui avait vécu, depuis trois siècles, sous le régime de l'accusation publique.

IV. L'absence d'une partie publique dans la période d'instruction préparatoire, le droit du juge de paix de se saisir d'office en cas de flagrant délit ou de mort suspecte, d'agir même sur une dénonciation non affirmée, confondaient, en sa personne, deux qualités qu'il eût été nécessaire de séparer : celle d'accuser et celle d'instruire. Peut-être ce régime eût-il été compatible avec une forte organisation du ministère public et à la condition, par les officiers l'exercant, de se pourvoir, devant le tribunal du district, des autorisations nécessaires pour pratiquer une arrestation ou une saisie? Mais la concentration, entre les mains du juge de paix, de toutes les fonctions était une déplorable contrefaçon du système anglais.

V. Quant à l'organisation du jury, elle péchait par quatre points fondamentaux : le mode de recrutement des jurés, qui confondait le droit électoral et le pouvoir judiciaire;

Digitized by Google

le mode de questions, qui, par suite de la décomposition de chaque chef d'accusation, entraînait des complications, des confusions, des erreurs inévitables; la majorité de dix voix exigée pour la condamnation, qui faisait la part trop forte à l'accusé; le système des peines fixes, qui mettait obstacle à l'appréciation de la culpabilité individuelle et devait amener les jurés à transiger avec leur conscience en acquittant pour ne pas trop sévèrement condamner.

VI. Sans doute, on avait voulu, par crainte d'une justice trop individuelle, réduire le rôle du jury et du tribunal criminel à faire l'application, aux faits de la cause, d'une formule légale, mais ce rôle machinal, si contraire à l'exercice de la justice pénale, ne put être supporté par les jurés qui, sous prétexte de rechercher l'intention, ce qu'ils avaient le droit de faire, se demandèrent quelle serait la conséquence de leur verdict, ce qui leur était interdit.

Mais ils prirent ainsi peu à peu conscience de leur mission, et substituèrent, à cette justice impersonnelle et abstraite qu'avait organisée la révolution, une justice où le cœur devait avoir plus de part encore que la raison.

52. Correspondant aux deux autres catégories d'infractions, il existait deux ordres de tribunaux de police :

Les tribunaux de police municipale, organisés par le décret du 19 juillet 1791, étaient composés : 1° de trois officiers municipaux; 2° du procureur de la commune ou de son substitut. Ils jugeaient en premier ressort tous les délits de police municipale et les délits ruraux dont la peine était purement pécuniaire ou n'excédait pas trois jours de prison (Code rural, 28 sept. 1791).

Les tribunaux de police correctionnelle étaient organisés, dans chaque chef-lieu de canton, par le décret du 16 septembre 1791. Ils se composaient d'un président, nommé par les électeurs du département, pour six années, de trois juges, pris parmi les juges du district, pour trois mois, et désignés par le directoire du département, d'un accusateur public nommé à l'élection pour six ans, d'un commissaire du roi

Digitized by Google

nommé par le roi et à vie, d'un greffier nommé par les électeurs du département et à vie et enfin de douze jurés de jugement.

La procédure devant ces tribunaux avait lieu tout entière à l'audience; il n'y avait pas d'instruction officielle, préparatoire aux débats. A côté de l'initiative des citoyens, la loi des 19-22 juillet 1791 autorisait, pour les débats de police municipale, l'action d'une sorte de partie publique, assez mal organisée. Aux termes de l'article 44 : « La poursuite de ces délits sera faite, soit par les citoyens lésés, soit par le procureur de la commune ou ses substituts s'il y en a, soit par des hommes de loi nommés à cet effet par la municipalité ». Quant aux délits de police correctionnelle, personne ne paraît avoir eu le droit de citation directe devant les tribunaux compétents.

Les poursuivants devaient faire leur dénonciation au juge de paix, et cet officier, s'il y avait lieu, renvoyait, devant le tribunal, le prévenu qu'il avait cité devant lui par mandat d'amener (art. 45 et 57).

Il restait, du débat devant le tribunal correctionnel, un procès-verbal sommaire dressé par le greffier : c'est l'origine des notes d'audience. L'appel, en effet, était ouvert devant le tribunal du district (L. 16 août 1790, tit. XI, art. 2 et 6).

53. Il est difficile de juger, par l'application, le système de procédure de l'Assemblée constituante. Il dura peu de temps et fut remplacé bientôt par le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV. Et, pendant sa courte existence, d'une part, le régime des tribunaux et des procédures révolutionnaires vint créer, à côté du droit commun, un état odieux d'exception[14]; et, d'autre part, le jeu même de la

[14] Wallon, *Histoire du tribunal révolutionnaire de Paris* (1881, 5 vol. in-8°); Berriat-Saint-Prix, *La justice révolutionnaire à Paris, Bordeaux, Brest, Lyon, Nantes, Orange, Strasbourg* (1 vol. in-8°, 1861, et 2e éd., 1 vol. in-8°, 1870); Campardon, *Histoire du tribunal révolutionnaire* (1866, 2 vol. in-8°); Sarot, *Tribunaux répressifs de la Manche en matière politique* (4 vol. in-8°, 1881-1886).

Digitized by Google

procédure ordinaire fut faussé par l'incroyable arbitraire qui régnait partout[15]. Malgré cela, les principes généraux, que l'Assemblée constituante avait adoptés, furent considérés comme définitifs et le Code du 3 brumaire an IV ne fit que les perfectionner et les systématiser. On sait que ce Code est plutôt l'œuvre d'un homme que d'une assemblée. La Convention avait chargé Cambacérès et Merlin de préparer un travail sur l'ensemble de la législation. Merlin s'occupa surtout de la législation criminelle, et, au bout de dix-huit mois, il présenta, à la Convention, le Code des délits et des peines. L'Assemblée, qui allait se séparer, le vota de confiance et sans discussion. Ainsi que le disait Merlin dans son rapport, ce travail « n'est pas aussi complet que son titre semble le promettre ». Il contient 646 articles distribués dans trois livres, intitulés : *De la justice*, *De la police*, *Des peines*. Il remplaça, pour la procédure criminelle, le Code du 16 septembre 1791, mais il maintint les dispositions du Code pénal du 25 du même mois, pour toutes les dispositions auxquelles il n'était pas dérogé d'une manière expresse.

On peut dire que l'œuvre de Merlin a consisté surtout à organiser scientifiquement les principales règles de la législation en vigueur. A l'application, le Code de brumaire se montra défectueux, comme toute loi qui sort du cabinet d'un juriste et n'est pas puisée dans les conditions mêmes de la vie juridique. Sur certains points, il précise; sur d'autres, il innove.

1° Le Code de brumaire distingue d'abord plus nettement que ne le faisait la loi de 1791 l'action à fins pénales qui n'appartient qu'au peuple et qui est exercée par les fonctionnaires qu'il délègue, et l'action à fins civiles qui appartient à la partie privée et a simplement pour but l'allocation de

[15] Voy. comme exemple de ce qui pouvait se passer sous ce régime, la loi du 22 vendémiaire an IV qui défend à tous les officiers de police de traduire devant le directeur du jury aucun citoyen pour un fait non prévu et spécifié par les lois pénales et déclare nuls tous actes d'accusation dressés pour des faits semblables. Comp. Taine, *Les origines de la France contemporaine; La Révolution* (t. 2 de l'éd. in-8°), p. 184, 251, 255, 259.

Digitized by Google

dommages-intérêts (art. 5, 6, 8). Ce n'est là qu'une modification de surface, car les droits des particuliers dans la poursuite sont maintenus. La dénonciation civique subsiste (art. 87 à 93). Les plaignants et les dénonciateurs participent toujours à la rédaction de l'acte d'accusation (art. 224 à 227).

2° Le Code de brumaire conserve les officiers de police judiciaire de la loi de 1791, les juges de paix et les officiers de gendarmerie; mais il ajoute, à cette liste, les commissaires de police, les gardes champêtres et forestiers. Ces officiers agissent toujours, « ou sur une dénonciation officielle, ou sur une dénonciation civique, ou d'après une plainte, ou d'office ». C'était le juge de paix qui faisait l'instruction; et cette instruction s'imposait au directeur du jury (art. 242). Mais tandis que la loi de 1791 se montrait concise sur les actes de cette instruction, le Code de brumaire s'expliquait, avec détails, dans les articles 102 à 131, sur les diverses mesures qui s'y rapportaient, les *procès-verbaux*, l'*audition des témoins*, la *saisie des pièces à conviction*.

3° Tandis que la législation antérieure ne connaissait, comme moyen de faire comparaître l'inculpé, que l'emploi des deux seuls mandats d'amener et d'arrêt, le Code de brumaire introduisit un nouveau mandat, qui avait le caractère d'une citation simple, le *mandat de comparution*.

4° Le directeur du jury restait le magistrat instructeur du second degré. Il continuait, pour la compléter, l'instruction commencée; il interrogeait le prévenu et faisait tenir note de ses réponses. Des témoins qui n'avaient pas été entendus par le juge de paix pouvaient l'être par le directeur du jury qui recevait leurs déclarations secrètement, en dehors du prévenu, et les faisait écrire par le greffier. C'était le directeur du jury qui statuait sur les demandes de mise en liberté provisoire. A cet égard, le Code de brumaire reproduisait les principales règles de la loi de 1791.

5° Ni la composition du jury d'accusation ni celle du jury de jugement n'étaient modifiées. La procédure du jugement était largement et minutieusement décrite. Elle restait publique et contradictoire. Mais, tout en maintenant l'oralité des débats,

Digitized by Google

le Code de brumaire avait tempéré les excès du système. Le dossier de l'instruction devait être communiqué « à l'accusateur public et à l'accusé, à peine de nullité de toutes procédures ultérieures » (art. 319). Les documents, ainsi communiqués, pouvaient être mis aux débats dans une mesure restreinte qui était précisée par les articles 365, 366 et 382.

En résumé, le Code des délits et des peines ne s'écarte guère du type adopté en 1791. Mais il intègre de plus en plus dans la procédure, comme préliminaire des débats, une *instruction préalable*, obligatoire, secrète et écrite, qui va devenir, par la place que lui donnera la législation française, une des institutions les plus caractéristiques de notre droit.

54. A l'usage, la procédure de brumaire ne paraît pas avoir été un instrument bien efficace de défense sociale. Les temps troublés, pendant lesquels elle fonctionna, ne se prêtaient guère à l'essai d'un système scientifique. Aussi le travail de reconstitution, que les Codes du Consulat et de l'Empire devaient achever, commença, en l'an IX, par des lois importantes qui sont la source immédiate et directe de notre procédure d'instruction. Celle du 7 pluviôse marque un retour très net vers le passé en relevant des institutions que la législation révolutionnaire avait laissé tomber : 1° C'est, d'abord, la création, à la base de la poursuite, d'un ministère public et d'un juge d'instruction, avec une distribution nette des fonctions; 2° C'est l'introduction du mandat de dépôt, instrument d'incarcération provisoire, dont la durée limitée ne devait pas dépasser vingt-quatre heures, et dont on remettait l'emploi au ministère public; 3° C'est la procédure secrète qui reparaissait dans l'instruction, puisque les témoins devaient être entendus séparément et hors la présence du prévenu; 4° Enfin, les preuves écrites étaient substituées aux débats oraux devant le jury d'accusation. De toutes les modifications qu'introduisait la loi nouvelle, ce fut même la plus vivement discutée.

55. La loi du 18 pluviôse an IX, pour mettre un terme

Digitized by Google

au brigandage qui avait trouvé, dans la révolution, un merveilleux terrain de culture, vint instituer des tribunaux spéciaux[16]. En dessaisissant le jury de certains procès pour lesquels il s'était montré trop faible, on déclara vouloir sauver l'institution, et, à vrai dire, on la sauva. Déjà, des mesures exceptionnelles avaient été prises contre le brigandage, par la loi du 30 prairial an III, celle du 1er vendémiaire an IV, par la loi du 29 nivôse an VI. Mais la justice des commissions militaires avait donné lieu à des critiques méritées. Le gouvernement voulut régulariser ces mesures. Il demanda l'établissement de *tribunaux criminels spéciaux*. Ces juridictions étaient composées du président et des deux juges du tribunal criminel, de trois militaires ayant au moins le grade de capitaine, et de deux citoyens ayant les qualités requises pour être juges. Ces cinq dernières personnes étaient nommées par le premier consul. Le projet souleva une opposition des plus vives. On sentait bien que les tribunaux spéciaux, présentés comme transitoires, devaient devenir permanents et que l'esprit de réaction maintiendrait longtemps l'exception à côté de la règle. Ce que l'on proposait de ressusciter, c'était l'une des plus odieuses institutions de l'ancien régime, celle des tribunaux prévôtaux organisés par l'ordonnance de 1670. Le système devait passer dans le Code d'instruction criminelle; les tribunaux spéciaux seront ensuite, en 1815, remplacés par les « cours prévôtales », dont l'organisation, transitoire, il est vrai, ne sera définitivement exclue de nos institutions que par l'article 54 de la Charte de 1830.

§ VIII. — LE CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE.

56. Les Codes du Consulat et de l'Empire. Le Code d'instruction criminelle et le Code pénal. — **57.** La préparation de ces deux Codes. — **58.** Le Code d'instruction criminelle de 1808. — **59.** Institutions qui forment l'armature même de ce Code. — **60.** Les réformes. — **61.** Le projet de loi sur la réforme du Code d'instruction criminelle déposé le 17 novembre 1879. La loi du 8 décembre 1897.

56. C'est au gouvernement consulaire, institué par la loi

[16] Voy. l'étude intéressante et détaillée de cette institution dans Esmein, *op. cit.*, p. 470 à 480.

Digitized by Google

du 19 brumaire an VIII, ou plutôt à Napoléon Bonaparte, son chef, qu'est due cette reconstruction des assises sociales dont l'expression la plus caractéristique fut la codification des lois civiles et pénales françaises. Les tendances centralisatrices et unificatrices, qui sont le fond de l'histoire de France, facilitèrent cet énorme travail. Des cinq Codes, dont le Consulat et l'Empire ont doté la France, si les Codes de législation civile furent les premiers, par leur date comme par leur importance, les Codes de législation criminelle furent les derniers[1]. Et cependant, il s'agissait moins de créer une législation déjà codifiée, que d'adapter cette législation à un état politique et social nouveau. Le Code pénal n'avait pas été remanié depuis 1791, et son application pratique avait révélé de nombreuses imperfections. La procédure criminelle, deux fois codifiée, et par les lois de 1791 et par le Code du 3 brumaire an IV, avait été profondément remaniée par les lois de l'an IX. Il fallait donc dégager, parmi les institutions qui jonchaient le sol, celles qui devaient être relevées, et, parmi les institutions qui restaient debout, celles qui devaient être détruites, Tel était le double programme dont s'inspira le gouvernement.

57. Un arrêté consulaire du 7 germinal an IX (28 mars 1801) nommait une commission chargée de présenter un projet de *Code criminel*. Cette commission, composée de Vieillard, Target, Oudard, Treilhard et Blondel, rédigea, sous le nom de *Code criminel, correctionnel et de police*, un projet unique, en 1169 articles, et divisé en deux parties : l'une comprenant les lois de fond, l'autre, les lois de forme[2]. Cette seconde partie était subdivisée en deux livres, consacrés, l'un à la *police*, et l'autre à la *justice*[3].

§ VIII. [1] Voy. Séruzier, *Précis historique sur les Codes français*, in-8°, 1845.

[2] Locré, t. 1, p. 204; Séruzier, *op. cit.*, n° 102, p. 82.

[3] Ce projet supprimait les cours criminelles sédentaires et les remplaçait par un préteur dont la mission consistait à se rendre au chef-lieu judiciaire du département pour tenir les assises. Voy. *Projet de Code criminel, avec*

Digitized by Google

Le Tribunal de cassation, les tribunaux criminels et les tribunaux d'appel furent consultés sur le travail de la commission, et leurs observations, renvoyées à la section de législation du Conseil d'État, composée de MM. Bigot-Préameneu, président, Berlier, Galli, Réal, Siméon, Treilhard. Les corps judiciaires se montrèrent, en général, défavorables à la législation de l'Assemblée constituante[4]. On lui imputait le manque de sécurité qui avait caractérisé longtemps la situation sociale de la France[5], et, par un regret des temps disparus, on demandait le retour à l'ancienne procédure, au moins dans la phase préparatoire[6]. La défense sociale ne pouvait être sauvegardée, semblait-il, que par le système inquisitorial.

Le Conseil d'État amorça la discussion du projet le 2 prairial an XII (22 mai 1804). Cette discussion s'engagea sur une série de questions fondamentales que l'Empereur avait prescrit de poser[7] et dura jusqu'au 29 frimaire an XIII (20

les observations des rédacteurs, celles du Tribunal de cassation et le compte rendu par le Grand-Juge, Paris, an XII. Mais la commission avait conservé l'institution du jury et la procédure du jugement orale, publique, contradictoire. Oudart, dans les observations qui précédaient la seconde partie du projet, s'exprimait ainsi : « La loi du 16 septembre 1791 qui a introduit parmi nous l'instruction par jurés, serait l'une des plus belles productions du XVIII^e^ siècle, si la législation n'avait pas été entraînée en sens contraire, tantôt par la force révolutionnaire, tantôt par la force des anciennes habitudes. L'instruction par jurés, remise à la partie des citoyens la plus utile et la plus éclairée, ne peut jamais être ni oppressive ni anarchique ».

[4] *Observations des tribunaux d'appel sur le projet du Code criminel,* 4 vol. in-4°, an XIII.

[5] Il faut convenir qu'à l'aurore du XIX^e^ siècle, l'heure n'était pas aux longues méditations sur la valeur respective des juridictions et des procédures. L'audace des malfaiteurs était telle qu'il fallut organiser, pour faire la chasse aux brigands, des colonnes mobiles et déférer les malfaiteurs à des conseils de guerre. Ce fut, comme nous l'avons dit, l'œuvre des lois qui s'échelonnèrent de l'an III à l'an IX. La répression avait été quelque peu irrégulière et singulièrement expéditive. C'était pour la régulari-er que la loi du 18 pluviôse an IX organisa des tribunaux criminels spéciaux.

[6] Voy. des extraits dans Molinier, *Traité théor. et prat. du droit pénal,* t. 1, p. 187 et 188. *Adde,* Locré, t. 1, p. 206. Comp. Esmein, *op. cit.*, p. 485 à 499.

[7] Ces questions, au nombre de quatorze, avaient trait, les huit premières,

Digitized by Google

déc. 1804). Si elle fut interrompue à cette époque, c'est qu'on ne parvint pas à s'entendre sur les principes de l'organisation judiciaire et sur le maintien ou l'abolition du jury. Il s'agissait de savoir si, pour fortifier l'administration de la justice, il ne conviendrait pas de supprimer les tribunaux criminels pour en confier les attributions aux tribunaux civils et aux cours impériales dans la mesure de leur juridiction. Ce projet d'unifier la justice pénale et la justice civile et de la concentrer dans quelques grands corps judiciaires, qui était un retour marqué vers le passé, avait été émis par l'Empereur[8]. Il trouva des opposants obstinés. Ceux-ci craignaient que la conception proposée ne fût inconciliable avec la conservation du jury à laquelle ils tenaient beaucoup[9]. On finit, semble-t-il, par reconnaître que les deux institutions, celle d'une organisation unique de la justice civile et pénale, celle

à la procédure criminelle : I. L'institution du jury sera-t-elle conservée? II. Y aura-t-il un jury d'accusation et un jury de jugement? III. Comment seront nommés les jurés? dans quelles classes seront-ils nommés? qui les nommera? IV. Comment s'exercera la récusation? V. L'instruction sera-t-elle orale, ou partie orale et partie écrite? VI. Présentera-t-on plusieurs questions au jury du jugement? n'en présentera-t-on qu'une : *N... est-il coupable*? VII. La déclaration du jury sera-t-elle rendue à l'unanimité ou à un certain nombre de voix? VIII. Y aura-t-il des magistrats qui pourront tenir des assises dans un ou plusieurs tribunaux criminels du département?

[8] Locré, t. 1, p. 219 et suiv.

[9] L'Empereur ne se montra pas d'abord un adversaire irréductible du jury. Il l'admettait, s'il était possible de bien le composer, et à la condition d'organiser des tribunaux d'exception pour les crimes commis par des individus non domiciliés ou réunis en bande. Plus tard, l'Empereur paraît avoir combattu le jury, et M. Cruppi, dans un discours sur « *Napoléon et le jury* », prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le 16 octobre 1896, attribue, à cette lutte contre l'opinion libérale, les retards que subit la discussion des Codes criminels. Il y a, dans cette thèse, une grande exagération. Voy. Esmein, *op. cit.*, p. 505 à 526, sur la question du jury devant le Conseil d'État et l'attitude de Napoléon. Celui-ci se montra nettement hostile, il est vrai, au jury d'accusation et c'est sur un exposé très bien fait des inconvénients de cette institution que le jury d'accusation fut supprimé (Locré, t. XXIV, p. 622). Mais en ce qui concerne le jury de jugement, les opinions de Napoléon n'ont jamais été irréductibles.

Digitized by Google

du jury en matière criminelle, n'étaient pas inconciliables. Mais la discussion fut, tout à coup, interrompue et resta inachevée [10]. On ne la reprit que quatre ans après, le 8 janvier 1808. La section de législation était alors composée de Treilhard, président, Albisson, Berlier, Faure et Réal. On lui adjoignit Muraire, premier président, et Merlin, procureur général près le Tribunal de cassation. Mais le projet primitif fut modifié dans sa forme : au lieu d'un Code unique, l'on en projeta deux, l'un relatif aux lois de forme, l'autre consacré aux lois de fond. Chacun de ces projets fut discuté séparément. On sait que le Tribunat avait été supprimé par un sénatus-consulte du 19 août 1807 [11]. Ce fut donc une commission prise dans le Corps législatif qui reçut la communication des deux projets. Le premier, mis en délibération, fut le Code d'instruction criminelle. La discussion occupa trente-sept séances, du 30 janvier au 30 octobre 1808. Ce Code reçut ensuite la sanction législative : le dernier titre en fut décrété le 16 décembre. Mais il ne pouvait être mis en vigueur sans le Code pénal; puis, tous deux étant décrétés, l'unification de la justice pénale et de la justice civile, qui en était la base, exigeait une organisation judiciaire nouvelle qui fut faite par la loi du 20 avril 1810. Aussi un décret du 7 décembre 1809 ne fixa-t-il la mise en vigueur de ces deux Codes qu'au 1er janvier 1811.

58. Le *Code d'instruction criminelle* [12] se compose de deux

[10] Il est assez difficile, à travers les documents de l'époque, d'apercevoir le véritable motif de cette interruption. Napoléon, depuis quelque temps, avait cessé d'assister aux séances du Conseil d'État. On lui a imputé cependant le retard que subit le projet. Il était, dit-on, un adversaire du jury que ses conseillers d'État s'obstinaient à défendre. Voyez, note précédente. En réalité, la difficulté de savoir quelle serait l'organisation judiciaire adoptée, jointe à d'autres préoccupations, suffit pour expliquer ce retard.

[11] Le mécanisme législatif du Consulat et de l'Empire est assez bizarre. Il a été finement analysé par Ortolan, *Éléments de droit pénal*, t. 1, n° 151.

[12] Tel est, en effet, le titre officiel de ce Code. L'ordonnance criminelle de 1670 était un Code d'instruction criminelle, puisque, dans la procédure

Digitized by Google

livres, précédés de « *Dispositions préliminaires* », relatives à l'exercice des actions publique et civile. Le premier livre est intitulé : *De la police judiciaire, et des officiers de police qui l'exercent* ; il traite de la procédure préalable à la poursuite et qui consiste à rechercher et constater les crimes, délits et contraventions. Le second livre, intitulé « *De la justice* », s'occupe de la procédure de jugement et des questions qui se rattachent à l'exécution. Ce Code contient 643 articles.

Comme toutes les autres œuvres législatives du commencement du XIX^e^ siècle, ce Code est une œuvre de transaction ou plutôt de superposition entre les dispositions contraires des deux législations antérieures : l'ordonnance de 1670, c'est-à-dire le Code de Louis XIV, les lois de 1791, c'est-à-dire le Code de la révolution. Il organise, en effet, un type mixte de procédure qui reproduit, dans la première phase du procès pénal, l'instruction préalable, écrite, secrète, sans contradiction, de l'ordonnance de 1670, et qui, dans la seconde, maintient la procédure publique, orale, contradictoire des lois de 1791, et conserve le jury de jugement, en supprimant le jury d'accusation.

Il a été de mode, en France, de se montrer sévère pour le Code d'instruction criminelle de 1808 et de dire que, venu l'avant-dernier de nos Codes, il en est le moins parfait. Il marque cependant une date dans l'histoire de la législation criminelle. Le savant rapporteur des projets de modification de la procédure pénale en Belgique, Thonissen, s'est montré plus juste que ne le sont d'ordinaire les criminalistes français : « Ce Code n'était pas, comme on l'a dit tant de fois, une « œuvre incohérente de despotisme et de réaction. Succédant

qu'elle formulait, l'instruction était tout le procès. Mais le Code de 1808 eût été plus exactement intitulé « Code de procédure pénale » : de *procédure* et non d'*instruction*, puisque l'instruction n'est qu'une partie de la procédure ; *pénale* et non *criminelle*, puisque la procédure qui est codifiée n'est pas seulement celle des crimes, mais encore celle des délits et des contraventions. Ce double motif a fait adopter, à l'étranger, le titre de Code de procédure pénale (Allemagne, Autriche, Belgique, Italie, etc.), de préférence au titre français, Code d'instruction criminelle.

Digitized by Google

« au Code du 3 brumaire an IV, dont les six cents articles, « préparés en huit jours, avaient été votés en deux séances, il « réalisait un grand et incontestable progrès. Il n'était pas, « dans toutes ses parties, l'expression la plus élevée de la science « de l'époque, mais il simplifiait et améliorait notablement « la législation existante. Il n'en faut pas d'autres preuves « que l'accueil qu'il a reçu dans une grande partie de l'Eu- « rope. Il a longtemps survécu à la chute de Napoléon Ier, « dans tous les pays que la République et l'Empire avaient « annexés à la France. Il a servi de type à la plupart des « Codes modernes. Le Code de 1808 était, en réalité, une « œuvre de progrès, un bienfait pour la France, mais, tout « en offrant incontestablement ce caractère, il était loin d'at- « teindre à la perfection. L'empereur Napoléon qui ne par- « tageait pas les illusions des rapporteurs de son Conseil « d'État avait été le premier à s'en apercevoir. Il s'était em- « pressé d'attacher son nom au Code civil : mais il avait refusé « d'accorder la même faveur au Code de procédure pénale. « Il était trop éclairé pour ne pas comprendre que le temps « et l'exécution ne manqueraient pas de signaler bien des « imperfections et bien des lacunes. Il ne promulgua ses Co- « des criminels que sous la réserve d'un perfectionnement « graduel, dont il avait par avance posé le principe dans son « admirable décret du 5 nivôse an X [13]. L'expérience, disait-il, « indiquera les modifications nécessaires : elle fera le reste [14] ».

59. Quelles sont les institutions qui forment l'armature même du Code d'instruction criminelle de 1808?

I. La première est celle de la *division de pouvoir entre le ministère public et le juge d'instruction* dans la procédure préalable. Cette distinction de la poursuite et de l'instruction

[13] C'était, en effet, une idée bien juste et qui aurait pu être féconde, que celle qui avait porté le premier consul à décider, par ce décret, que, chaque année, le Tribunal de cassation lui enverrait une députation de douze de ses membres, chargée de lui faire connaître les vices de la législation signalés par l'expérience de l'année.

[14] Thonissen, *Rapport à la Chambre des représentants de Belgique.*

Digitized by Google

fut présentée, dans les travaux préparatoires, comme une garantie de la liberté individuelle. Mais la nécessité, pour le procureur de la République, de requérir le juge était de nature à entraîner des lenteurs dangereuses. On admit la séparation des pouvoirs, avec ce tempérament qu'en cas de *flagrant délit*, le ministère public serait autorisé à faire les actes d'instruction urgents. Le flagrant délit reprit ainsi, dans le Code d'instruction criminelle, la place importante qu'il a d'ordinaire dans les droits primitifs; et on s'attacha, pour restaurer le flagrant délit, d'une part, à en élargir la notion, et, d'autre part, à bien montrer, par la rédaction même du Code, qu'on voyait presque, dans le flagrant délit, l'hypothèse normale de l'instruction. C'est, en effet, dans la section qui traite : « Du mode de procéder des procureurs dans l'exercice de leurs fonctions », que se trouvent insérées les dispositions concernant la confection des procès-verbaux. Les plaintes et les dénonciations furent soigneusement distinguées : c'est au juge que doit s'adresser le plaignant (art. 63), au procureur que doit s'adresser le dénonciateur (art. 31). Mais les plaintes peuvent aussi être adressées au procureur qui les transmet alors, avec ses réquisitions, au juge d'instruction (art. 64).

II. La *séparation de l'enquête préalable, conduite par la police, d'avec l'instruction proprement dite, confiée à la justice*, n'apparaît pas nettement dans les textes. En réalité même, le Code d'instruction criminelle manque de préface. La phase policière du procès pénal se passe en dehors de lui; le Code s'est contenté d'indiquer quels officiers en étaient chargés. Il n'a pas réglementé les actes de l' « enquête officieuse ».

III. L'*instruction préparatoire*, nécessaire quand il s'agit d'un crime, facultative quand il s'agit d'un délit, c'est la procédure de l'ordonnance de 1670 jusqu'au règlement à l'extraordinaire. D'abord, l'audition des témoins a lieu secrètement; le prévenu ne peut y assister. Les articles 71 à 86, qui en règlent la forme, reproduisent presque textuellement le titre VI de l'ordonnance. Pour les perquisitions et les saisies,

Digitized by Google

on recueille, dans le Code du 3 brumaire (art. 125 à 131), quelques garanties qui doivent accompagner ces opérations. Elles ont lieu en présence du prévenu, s'il a été arrêté (art. 39 et 89), et celui-ci peut fournir des explications; il reconnaît les objets saisis et paraphe les scellés. Les expertises, si importantes en matière criminelle, ne sont pas réglementées. Le prévenu n'est pas appelé à les contredire. La seule garantie de cette procédure, c'est le serment imposé aux experts (art. 46). Les quatre mandats, créés successivement par les lois de 1791, de l'an IV et de l'an IX, sont tous conservés avec leur ancien caractère. En principe, la procédure s'ouvre par un mandat de coercition, le mandat d'amener; ce n'est qu'au cas où le prévenu est domicilié et où il s'agit d'un simple délit, que le juge peut se contenter de lancer un mandat de comparution (art. 91). Le mandat d'arrêt est celui qui doit établir la détention préventive. Quant au mandat de dépôt, il est maintenu, mais avec un caractère provisoire. Le cas ordinaire d'application de ce mandat est déterminé par l'article 100. Le Code ne s'occupe de l'interrogatoire de l'inculpé que pour fixer le délai dans lequel le premier interrogatoire doit avoir lieu (art. 93). Aucune forme spéciale n'est prescrite; aucune garantie n'est donnée. Notamment, le juge n'a pas à faire connaître à l'inculpé soit l'objet de l'inculpation, soit les renseignements déjà recueillis.

IV. L'*instruction est nécessairement réglée par une juridiction d'instruction,* la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation. La procédure devant ces juridictions est secrète comme l'information. Le juge d'instruction fait partie de la chambre du conseil. En matière criminelle, il suffit d'une seule voix, celle du juge d'instruction, pour que les pièces soient transmises au procureur général. Dans la chambre des mises en accusation, le procureur général a accès; mais l'inculpé n'est ni présent ni représenté.

V. Quand on arrive à la *procédure de jugement,* la scène change. Ce n'est pas dans l'obscurité des cabinets d'instruction, c'est au grand jour de l'audience que les débats vont se dérouler oralement et contradictoirement. Cette procédure

Digitized by Google

est entièrement empruntée, quant à ses principes et à sa réglementation, aux lois de la révolution. Quel que soit le tribunal chargé de juger, la procédure est publique, orale, contradictoire. C'est le Code de brumaire qui fournit au législateur de 1808 ses principales dispositions. Mais le Code d'instruction criminelle de 1808 simplifie le système des questions posées au jury, et d'un excès tombe dans l'autre, en substituant au régime de l'analyse celui de la synthèse.

VI. Ce n'est là que la procédure de droit commun : il existait une *procédure d'exception en matière criminelle*. Il était institué des *Cours spéciales* (art. 583 à 599), héritières des tribunaux spéciaux organisés par les lois du 18 pluviôse an IX et du 22 floréal an X. Ces cours comprenaient cinq des magistrats qui siégeaient à la cour d'assises et trois militaires ayant au moins le grade de capitaine. Elles connaissaient de tous les crimes commis par les vagabonds ou gens sans aveu ou par des condamnés à des peines afflictives ou infamantes, ainsi que des crimes de rébellion à la force armée, de contrebande armée, de fausse monnaie et d'assassinat préparé par des attroupements armés (art. 553, 554). Toute l'instruction préparatoire était suivie dans les mêmes formes que pour les affaires soumises au jury : c'était la chambre d'accusation, qui ordonnait, s'il y avait lieu, le renvoi devant la cour spéciale. Cet arrêt était d'office soumis à la chambre criminelle de la Cour de cassation (art. 568 et 570). Devant la cour spéciale, le débat était oral, public, contradictoire. Le jugement était rendu à la majorité des voix, le partage profitant à l'accusé (art. 582); il était en dernier ressort, mais pouvait être l'objet d'un pourvoi en cassation (art. 597).

60. Près d'un siècle d'application ont révélé les faiblesses du Code d'instruction criminelle. Beaucoup ont été amendées, sous l'influence des changements politiques avec lesquels la législation criminelle est en constante corrélation. Durant cette longue période, et en un temps plus favorable qu'aucun autre au libre examen des institutions et des lois, l'opinion scientifique n'est restée ni stationnaire ni indiffé-

Digitized by Google

rente. Commencée à la chute même du premier empire, l'évolution vers une justice toujours plus éclairée et plus humaine, s'est accentuée de jour en jour, et, sur notre vieux Code, rajeuni par des adjonctions ou des retranchements successifs, s'efface de plus en plus l'empreinte initiale qu'avait si fortement marquée l'empereur Napoléon.

Au point de vue de leur forme, les lois modificatives du Code d'instruction criminelle sont de deux sortes : 1° Les unes ont été incorporées dans son texte. Ainsi une revision d'ensemble du Code pénal et du Code d'instruction criminelle a été faite par la loi du 28 avril 1832; et, à cette époque, une nouvelle édition en a été officiellement donnée. La loi du 14 juin 1865 a modifié les articles 91, 94, 113 à 126, 206 et 613. 2° Les autres lois sont restées en dehors de l'œuvre de codification. Telle est, pour partie, celle du 27 juin 1866.

Des deux livres qui composent le Code d'instruction criminelle, si le second, qui concerne la procédure de jugement, est resté plus stable, le premier, qui concerne la procédure d'instruction, a subi des modifications plus profondes.

Au point de vue de la *procédure de jugement,* on doit noter : la suppression de la faculté de créer des cours prévotales, édictée par les articles 53 et 54 de la Charte de 1830, suppression qui rendit sans objet le titre sixième du livre II (art. 553 à 599), intitulé : *Des cours spéciales;* les modifications apportées, soit à la position des questions au jury, soit à la majorité requise pour former sa décision, par la loi du 4 mars 1831, sur les cours d'assises, qui a abrogé les articles 254 à 256, ainsi que l'article 351, et par celle du 9 septembre 1835 qui a modifié les articles 341, 346, 347 et 352; les changements fréquents apportés à la composition du jury, contrecoups des courants politiques et des révolutions, si bien que chaque régime a eu sa loi du jury; le droit donné au jury, par la loi du 28 avril 1832, de déclarer des circonstances atténuantes en toute matière criminelle; la suppression du résumé du président d'assises par la loi du 19 juin 1881, à raison des nombreux abus auxquels cette institution, cependant contemporaine de l'introduction du jury en France, avait donné

Digitized by Google

lieu ; l'extension du pourvoi en revision par des lois successives dont la dernière porte la date du 3 juin 1895 ; les modifications aux règles de l'appel et du pourvoi en cassation par les lois des 10 juin 1853, 13 juin 1856, etc.

L'*instruction préalable* était la partie la plus archaïque du Code d'instruction criminelle. Dans ses règles, survivait la législation de Louis XIV, l'ordonnance de 1670. Ce fut donc à cette phase de la procédure que s'attaqua surtout l'esprit de réforme. Trois lois, se rattachant à la même inspiration, émanées du même régime politique, la loi du 17 juillet 1856, la loi du 14 juillet 1865, celle du 20 mai 1863, ont modifié : la première, l'organisation des juridictions d'instruction ; la seconde, les règles de la détention préventive ; la troisième, l'instruction et le jugement en cas de flagrant délit. Ces lois ont eu pour objet de diminuer, par un ensemble d'institutions appropriées, le nombre et la durée des détentions préventives. Elles ont été complétées, mais bien plus tard, par la loi du 15 novembre 1892 qui impute la détention préventive sur la peine. Mais toutes ces réformes ne portent que sur des points spéciaux de l'instruction préalable. La revision du premier livre du Code d'instruction criminelle qui traite de la police judiciaire et de l'instruction a été depuis longtemps entreprise dans des conditions intéressantes à rappeler.

61. Le dépôt par le gouvernement du premier projet sur la matière remonte au 17 novembre 1879[15].

Ce projet, très hardi dans ses innovations, instituait l'information contradictoire, en permettant au ministère public, à l'inculpé, à la partie civile, d'assister à tous les actes de la procédure préalable. Il fut examiné par une commission qui choisit pour rapporteur, le procureur général à la Cour de cassation, Dauphin[16] ; puis discuté par le Sénat[17], et voté,

[15] Sénat, session extraordinaire de 1879, *Doc. parl.*, n° 7.

[16] Rapport, Sénat, session de 1882, *Doc. parl.*, n° 63.

[17] La discussion suivit la filière ordinaire. La première délibération occupa les quinze séances des 6, 8, 9, 13, 15, 16, 20, 22, 23, 25, 27 mai, 1er,

Digitized by Google

dans son ensemble, le 5 août 1882, mais avec des modifications qui en altéraient profondément le caractère et l'esprit.

Plus de contradiction dans le cabinet du juge : la procédure restait inquisitoriale et secrète.

Toutefois, l'inculpé avait le droit de réclamer toutes les mesures d'instruction utiles à sa défense et celui de se pourvoir devant la chambre du conseil rétablie, au cas où le magistrat instructeur refuserait de les ordonner; et afin que cette faculté pût s'exercer en pleine connaissance de cause, on prescrivait la communication du dossier au défenseur avant chaque interrogatoire de l'inculpé.

La commission de la Chambre des députés, à laquelle le projet fut soumis, exprima l'avis, par l'organe de son rapporteur M. Goblet[18], que le système, institué par le Sénat, « ne « donnait pas les mêmes garanties à la défense et prêtait à « des critiques au moins aussi sérieuses que celles qui « avaient été dirigées contre le projet du gouvernement ».

Elle proposa de revenir au système du projet et de substituer, à l'information secrète et sans contradiction, une information suivie et contrôlée, depuis le premier jusqu'au dernier acte, par le conseil de l'inculpé. Ce système triompha devant la Chambre, et le vote, en première lecture, eut lieu le 8 novembre 1884, sans qu'on ait pu passer à une seconde lecture par suite de l'expiration des pouvoirs de la Chambre.

Depuis lors, et jusqu'à l'année 1894, le gouvernement, à chacune des législatures qui se sont succédées, en 1885, en 1889, et en 1894, a présenté, à la Chambre, le projet voté par le Sénat. Trois fois aussi, en 1887, en 1891 et en 1895, M. Bovier-Lapierre, au nom de la Commission, a déposé des rapports dont la discussion n'a jamais été abordée[19]. Le système proposé était, sauf quelques différences de détail, con-

6, 10 et 13 juin 1882. La seconde délibération a eu lieu aux quatre séances des 24 et 27 juillet, 3 et 5 août 1882.

[18] Rapport de M. Goblet, Chambre des députés, session extraordinaire de 1883, *Doc. parl.*, n° 2377.

[19] Les trois rapports de M. Bovier-Lapierre ont été déposés, le 20 janvier 1887, le 15 janvier 1891 et le 5 décembre 1895.

Digitized by Google

forme à celui qui avait été accueilli par la Chambre en 1884. Cependant, cette réforme complète de l'instruction préparatoire, que la commission formulait en 236 articles, ne paraissait pas pouvoir aboutir à un vote prochain. Dans cette crainte, M. Constans, et soixante-trois de ses collègues, saisirent le Sénat, à la date du 10 avril 1895, d'une proposition de loi en six articles, dont le caractère essentiel était de permettre à l'inculpé de se faire assister d'un défenseur dès le premier acte de l'information et de ne répondre qu'en sa présence aux interrogatoires. La première innovation fut admise, sans difficulté, par la commission du Sénat nommée pour étudier la proposition. La seconde lui parut si grave qu'elle se borna à la réserver. Elle détacha donc du projet général de réforme du Code d'instruction criminelle les dispositions sur lesquelles l'accord entre le Sénat et la Chambre paraissait possible. Son rapporteur, M. Thézard, soumettait au Sénat, sur ces bases, un projet, en cinquante articles, qui vint en discussion le 12 décembre 1895 [20]. Mais, à cette séance, M. Constans fit observer que l'assistance de l'avocat aux interrogatoires, qui était la pensée principale de sa proposition, n'avait pas été examinée, et il demanda le renvoi à la commission pour qu'elle en reprît l'étude. Cet incident amena la démission de la commission et la nomination d'une commission nouvelle qui admit la présence aux interrogatoires du conseil de l'inculpé [21]. Mais, avant de soumettre au Sénat le projet ainsi modifié, le garde des sceaux saisit les corps judiciaires de son examen. Les opinions sur les mérites de l'innovation furent très divisées; la Cour de cassation, notamment, se montra peu favorable à la présence du défenseur dans le cabinet d'instruction [22]. Malgré son avis, le Sénat et la Chambre adoptèrent une loi, contenant 14 articles, qui a fait défi-

[20] Rapport de M. Thézard, Sénat, session extraordinaire de 1895, *Doc. parl.*, n° 22.

[21] Rapport supplémentaire de M. Jean Dupuy, Sénat, session de 1896, *Doc. parl.*, n° 90.

[22] Observations présentées par la Cour de cassation sur le projet. Rapport de M. le conseiller Falcimaigne (*Gaz. des Trib.*, n° du 30 déc. 1896).

Digitized by Google

nitivement entrer le principe de la contradiction dans l'instruction préalable. C'est la loi du 8 décembre 1897.

Cette loi assure à l'inculpé des garanties sérieuses, en décidant qu'un défenseur pourra assister à tous ses interrogatoires, en permettant à ce défenseur de prendre connaissance du dossier et de communiquer avec son client, même s'il est au secret. Sans doute, cette loi n'a pas directement et expressément organisé la procédure contradictoire dans l'instruction préalable. Mais la contradiction est la conséquence même de l'organisation nouvelle. Le défenseur qu'on introduit dans le cabinet d'instruction saura se donner un rôle utile en signalant au magistrat les témoins à entendre, les mesures à ordonner. Sans doute, le juge n'est pas légalement obligé de suivre les indications qui lui sont ainsi proposées par le défenseur; mais il y sera moralement contraint pour qu'aucun reproche ne puisse plus tard lui être fait. Enfin, le défenseur, lorsque l'instruction sera terminée, pourra, utilement bien qu'officieusement, intervenir, pour soutenir, soit qu'il n'y a pas charge suffisante, soit que le fait n'est pas puni par la loi, soit qu'il ne mérite pas la qualification proposée.

On peut donc affirmer que, depuis 1897, et grâce à la loi Constans, le Code d'instruction criminelle français a retrouvé sa place à la tête des Codes les plus libéraux. Ce progrès très récent est tellement entré dans les mœurs que si des propositions nouvelles étaient soumises au Parlement, ce ne serait certes pas pour revenir en arrière, mais bien plutôt pour développer le régime de la contradiction dans l'instruction préalable, et peut-être même pour y introduire un peu plus de lumière.

§ IX. — LA PROCÉDURE PÉNALE DANS LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

62. Importance de la législation comparée. Au point de vue de la procédure, deux groupes principaux de législation : l'un, dérivant du Code de 1808, combine le système inquisitorial et le système accusatoire ; l'autre, resté original, dérive du droit anglais, et conserve le système accusatoire. — **63.** Division : sources législatives; règles principales. — **64.** Sources législatives. Allemagne. Autriche-

Digitized by Google

Hongrie. Belgique. Principauté de Monaco. Grand-Duché du Luxembourg. Espagne. Italie. Suisse. Pays-Bas. Grande-Bretagne. Russie. Grand-Duché de Finlande. Pays Balkaniques. Pays Scandinaves. Turquie. Égypte. Amérique du Nord. Amérique du Sud. Japon. — **65.** Les règles principales de l'action, de l'instruction et du jugement d'après les principales législations étrangères. Ordonnances pénales.

62. Il n'est plus possible de concevoir l'étude isolée d'une législation sans la rattacher à ses origines, sans suivre ses évolutions, sans la comparer aux législations des autres peuples. Les nations de l'Europe, que les Romains appelaient barbares, avaient chacune, à l'époque qui marque l'avènement du moyen âge, leurs coutumes particulières en matière de justice criminelle; mais il existait, dans leur procédure, bien des traits communs. Le système accusatoire, qui était partout en vigueur, tendait même à s'uniformiser. On sait que les lois répressives sont dans une dépendance inévitable de l'organisation politique. Le régime féodal, ayant prévalu dans toute l'Europe, il en résulta que les institutions judiciaires y prirent, presque partout, la même physionomie; puis, quand la monarchie absolue tendit à se substituer à la féodalité, elle s'appuya, pour l'affaiblir, sur la législation des empereurs romains, et l'influence du droit romain qui n'avait jamais entièrement cessé dans certaines contrées de l'Europe, même en plein règne des lois barbares, aida beaucoup au rapprochement des législations. Mais les différents pays ne s'avancèrent pas d'un pas égal dans la voie des transformations que leurs procédures devaient subir. Tous cependant, à l'exception de l'Angleterre, avaient abandonné le système accusatoire et l'avaient remplacé par le système inquisitoire. La révolution française exerça, par sa législation, une influence telle qu'elle marque, au point de vue de l'organisation et de la procédure répressive, une période dans l'histoire législative des peuples de l'Europe. Le Code d'instruction criminelle français de 1808, qui fit une sorte de transaction entre les deux systèmes de procédure, servit de type et de modèle à un grand nombre de pays. Son influence, plus durable que la conquête, persiste encore aujourd'hui.

En faisant abstraction des diversités de détail que nous

Digitized by Google

signalerons à leur place, celui qui cherche à dégager les principes qui dominent les lois de procédure des peuples de l'Europe continentale, voit apparaître l'unité fondamentale qui les caractérise. Partout existent : l'institution du ministère public, la division de la procédure en deux périodes, celle de l'instruction préalable qui emprunte ses règles au système inquisitorial, celle du jugement qui reprend toutes les garanties du système accusatoire. Peu à peu, le jury a fait la conquête des législations étrangères, et les pays, tels que l'Espagne et l'Autriche, qui ont tenté de le supprimer, se sont empressés de le rétablir devant les impérieuses réclamations de la conscience populaire qui voit, dans le jury, la sauvegarde même de la liberté. En face de ce groupe imposant, qui a trouvé, dans le Code français de 1808, le modèle et le cadre de ses institutions, se dressent les législations anglo-saxonnes qui forment un groupe autonome, obéissant, dans leurs rapports, à une même inspiration et animées d'un même esprit. Elles ont été et sont encore, en Europe et en Amérique, le conservatoire du système accusatoire. Pas de ministère public en Angleterre : c'est à l'initiative privée que la poursuite est abandonnée. L'égalité de la lutte entre l'accusation et la défense est sauvegardée par une série d'institutions qui, grâce à l'esprit de la race, fonctionne sans trop compromettre l'intérêt social. Le jury est la garantie du jugement comme de l'accusation, dans les législations anglo-saxonnes.

63. Nous indiquerons, en raccourci, d'une part, les sources législatives de la procédure criminelle dans les principaux pays, et, d'autre part, les règles de cette procédure, en essayant d'en dégager les caractères généraux et typiques, ce que l'on peut appeler les « dominantes ».

64. A l'exception de l'Angleterre, où les idées de codification ont cependant fait quelques progrès, tous les pays de l'Europe ont aujourd'hui codifié leur droit criminel[1].

§ IX. [1] Il ne saurait être question de former des groupes de pays, par exemple : 1° groupe anglo-américain ; 2° groupe romain du Nord et du Sud ;

Digitized by Google

1. *Allemagne.* — Depuis la proclamation de l'Empire, l'œuvre de l'unité législative de l'Allemagne a été l'objet constant des préoccupations politiques. L'année 1877 constitue, à ce point de vue, dans l'histoire de l'Allemagne, une date importante : elle a été marquée par la promulgation de quatre lois capitales, le Code d'organisation judiciaire, le Code de procédure pénale, le Code de procédure civile et le Code de la faillite. Nous ne nous occuperons ici que des deux premières.

a) La loi d'organisation judiciaire[2] substitue, dans tout l'Empire d'Allemagne, un seul et même système de tribunaux civils et criminels aux différentes juridictions locales. La justice est rendue par des tribunaux de bailliage, des tribunaux régionaux, des tribunaux régionaux supérieurs et le tribunal de l'Empire. Le principe de l'unité de la justice civile et de la justice pénale domine cette organisation, sauf deux restrictions. Au degré inférieur de la hiérarchie, dans le bailliage, qui correspond assez exactement à notre canton français, il y a deux tribunaux, l'un civil, le tribunal de bailliage (*Amtsgericht*), l'autre correctionnel, le tribunal des échevins (*Schoeffengericht*). Le juge de bailliage siège dans les deux : seul, dans le premier; assisté d'échevins, dans le second. Au degré supérieur, des assises sont tenues périodiquement auprès des tribunaux régionaux pour juger les affaires criminelles qui ne sont pas de la compétence des chambres correctionnelles ou du tribunal suprême de l'Empire. L'organisation des cours d'assises allemandes est iden-

3° groupe allemand ; 4° groupe des autres pays. Ce serait faire entendre qu'il existe une parenté entre les législations par groupes ethniques, ce qui n'est pas exact. Force nous est donc de procéder par énumération. Sur ce point : Franz von Liszt, *Le droit criminel des peuples européens* (Berlin et Paris, 1894), Introduction, p. XV et XVI.

[2] Code du 27 janvier 1877. Dubarle, *Code d'organisation judiciaire allemand.* Introduction et traduction (Paris, 2 vol. in-8°, 1885). Ce Code fait partie de la collection des principaux Codes étrangers, publiés par les soins du comité de législation étrangère du ministère de la justice. Voy. également : *Ann. de législ. étrang.*, t. 7, p. 77. On consultera, pour l'ensemble de l'organisation judiciaire : Laband, *Le droit public de l'Empire allemand,* traduit par Gandilhon, 6 vol. in-8°, 1900-1904, Paris.

Digitized by Google

tique à l'organisation des cours d'assises françaises. Elles se composent, d'une part, d'un président et de deux juges, et, d'autre part, de douze jurés.

b) Le Code de procédure pénale allemand de 1877 procède, en ligne directe, du Code d'instruction criminelle français[3]. Les différences assez importantes que nous constaterons ne suffisent pas à en faire, au point de vue de la procédure, un type particulier. Avant cette législation unitaire, les législations des États allemands pouvaient se grouper ainsi. Certains pays, notamment les deux Mecklembourg et les deux Lippe, suivaient le droit commun allemand, auquel ils avaient emprunté une procédure à base inquisitoriale. Deux États, Lubeck et le duché de Saxe-Altenbourg, avaient adopté le système accusatoire, mais sans jury ou échevins. Enfin, dans la grande majorité des États, les lois de procédure conservaient, au moins dans les débats, le système accusatoire, en faisant participer au jugement, soit des jurés, soit des échevins[4]. C'est dans ce dernier groupe que les législateurs de 1877 ont cherché leur type et puisé leur modèle, en consacrant cette évolution de la procédure pénale qui, en Allemagne comme dans la plupart des États du continent européen, avait suivi les trois phases successives : la phase accusatoire, la phase inquisitoire et la phase mixte. Dans ce dernier système, qui résume les caractères actuels de la procédure allemande, la mise en accusation, qui est le point de départ du procès, est, en principe, l'œuvre de fonctionnaires spéciaux.

[3] Fernand Daguin, *Code de procédure allemand* (1er févr. 1877) traduit et annoté (Paris, 1884). L'introduction est très remarquable.

[4] Sur l'histoire de la procédure allemande : Daguin, *Introduction*, p. VII et suiv.; Fuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, édité par Mittermaier (14e éd., in-8°, Giessen, 1847); Ch. Lévita, *Précis de l'histoire du droit pénal allemand depuis la Caroline jusqu'à nos jours*, traduit et annoté par Bonneville de Marsangy (Extrait de la *Rev. crit. de législ.*, 34 p. in-8°; Paris, Cotillon, 1862). Pour le très ancien droit : J.-J. Thonissen, *L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure pénale de la loi salique* (2e éd. in-8°, Paris, Chevalier-Maresq, 1882). Voy. du reste, pour la Bibliographie du droit criminel allemand : *Le droit criminel des États européens*, Allemagne, annexe, p. 363.

Digitized by Google

L'instruction reproduit les formes de la procédure inquisitoire. Mais, après que la juridiction de jugement a été saisie, tout se passe au grand jour de l'audience et contradictoirement. Les preuves sont des preuves de conviction, et le juge n'a plus à s'inspirer que de sa conscience dans l'appréciation des faits et de la culpabilité.

c) Une loi modificative du Code d'organisation judiciaire et du Code de procédure pénale, du 27 mai 1898[5], est intervenue, d'une part, pour mettre en concordance l'organisation judiciaire avec le nouveau Code civil allemand, et, d'autre part, pour remédier à quelques inconvénients de procédure signalés par l'expérience[6].

II. *Autriche-Hongrie,* etc. — L'empire austro-hongrois est formé d'un amalgame d'états, de nationalités, de législations.

a) Le Code de procédure pénale autrichien porte la date du 23 mai 1873[7]. Il est le quatrième qui ait été promulgué, en Autriche, depuis le commencement du XIX[e] siècle. Ce pays a été, en effet, régi par les Codes de 1803, de 1850, de 1853; il l'est aujourd'hui par celui de 1873. Le Code criminel de 1803 était à la fois un Code pénal et un Code de procédure[8].

[5] Notice, analyse et traduction, dans *Ann. de législ. étr.*, 1899, t. 38, p. 142 à 150.

[6] Consultez, pour l'exposé systématique du droit criminel allemand : *Encyclopaedie der Rechtwissenschaft* de Franz von Holtzendorff (6[e] éd.), t. II. Le droit criminel a été réparti en trois articles. M. Wachenfeld s'est chargé du droit pénal général; M. Beling a exposé la procédure pénale générale; M. Weiffenbach a traité spécialement le droit pénal et la procédure pénale des militaires. On consultera également : Ernst Henrich Rosenfeld, *Der Reichs-Strafprozess* (Berlin, Guttentag, 1903).

[7] Ce Code porte le titre : *Osterreichische Strafprocess-Ordnung vom 23 mai 1873.* Il a été traduit par MM. Edm. Bertrand et Ch. Lyon-Caen sous le titre inexact de *Code d'instruction criminelle annoté* (Coll. des Codes étrangers, Imprimerie nationale, 1875). Lire l'introduction qui traite des trois questions suivantes : de la procédure criminelle en Autriche d'après les Codes de 1803, 1850 et 1853; de l'historique de la confection du Code du 23 mai 1873; aperçu général sur le nouveau Code.

[8] Il avait été traduit en français dans la collection des lois civiles et criminelles des États modernes, publiée sous la direction de M. Victor Foucher (tome I de la collection).

Digitized by Google

Dans la procédure, il ne faisait que reproduire et développer les règles du système inquisitoire pur. Le Code de 1850 prit pour modèle le Code français : il introduisit la procédure orale et publique, le principe accusatoire et l'institution du jury. Mais il fut emporté par le vent de réaction qui sévit en 1851. Une loi du 31 décembre 1851 annonça qu'il serait fait un Code de procédure pénale pour tout l'empire. Ce fut le Code du 29 juillet 1853 qui est resté en vigueur jusqu'au 1er janvier 1874. Ce Code supprimait le jury, ne laissait subsister la publicité que d'une manière relative, n'admettait de défense qu'après la clôture de l'instruction et conservait un système de preuves légales.

Le mouvement libéral et les réformes constitutionnelles qui suivirent 1860 et 1861 attirèrent l'attention sur les vices de la procédure criminelle. De nombreux projets furent successivement étudiés. En 1872, le ministre de la justice Glaser qui avait, en qualité de rapporteur de plusieurs des commissions de réforme, contribué, plus que tout autre, aux travaux préparatoires, déposa le projet qui est devenu le Code de 1873.

Conformément aux traditions germaniques, cette loi est appelée *règlement (Ordnung)* de procédure pénale[9] : mais ce n'est ni plus ni moins qu'un Code. Dans la législation processuelle du continent européen, ce Code peut être signalé comme l'expression d'un progrès, d'autant plus caractéristique, qu'il faut tenir compte, soit de l'état antérieur de la législation autrichienne, soit de la variété de races, de traditions et de coutumes des peuples qui sont entrés dans la formation de l'Autriche.

Déjà, les principes fondamentaux en avaient été fixés par la Constitution du 21 décembre 1867, c'est-à-dire l'oralité et la publicité des débats, le jugement accusatoire et le jury pour les délits les plus graves, les délits politiques et les délits de presse. Pour ces derniers, le jury commença à fonctionner avec la loi du 9 mars 1869.

[9] Et non d'instruction criminelle, comme le porte la traduction de MM. Bertrand et Ch. Lyon-Caen.

Digitized by Google

Le Code autrichien de 1873 a rallié les suffrages unanimes des criminalistes. Il s'inspire, sans doute, du Code d'instruction criminelle français, dont il reproduit le type, mais combien modifié et amélioré! C'est la pensée scientifique de Glaser qui s'est fortement marquée dans une loi de procédure adaptée aux nécessités de la vie pratique. Aussi l'influence de ce Code de 1873 sur l'orientation contemporaine de la procédure pénale est un fait dont il faut tenir compte, et, depuis le Code français de 1808, aucune législation particulière à un peuple n'a été davantage citée et imitée au dehors.

b) L'histoire de la procédure pénale en Hongrie est l'histoire d'une lutte d'un siècle entre le système inquisitorial et le système accusatoire. Le Code de procédure pénale du 22 décembre 1896, qui régit actuellement ce pays, a unifié la législation jusque-là si diverse et a introduit le jury, non seulement pour les délits de presse, mais pour les délits les plus graves. Il organise la procédure accusatoire avec le ministère public[10].

c) La Bosnie et l'Herzégovine sont régies par le Code du 30 janvier 1891, entré en vigueur le 1er janvier 1892[11].

d) La Croatie-Slavonie a un Code qui lui est propre, le règlement du 17 mai 1875, modelé sur le Code autrichien de 1873, moins le jury qui n'a pas été institué dans cette province.

III. *Belgique.* — La Belgique a conservé les Codes français, notamment le Code d'instruction criminelle de 1808. Mais sa constitution de 1831 prescrivait « de les reviser dans le plus court délai possible » (art. 139). Ce grand travail n'a abouti qu'en partie, et c'est seulement, d'une part, le titre préliminaire d'un nouveau Code de procédure pénale, titre adopté de préférence à celui de Code d'instruction criminelle, qui a été promulgué le 17 avril 1878[12], et, d'autre part, le titre IX

[10] Sur ce Code : Notice de Meyer, dans *Ann. de législ. étr.*, 1897, p. 397 à 409.

[11] Voy. la notice de Meyer (*Bull. soc. législ. comp.*, 1891-1892, t. 21, p. 398).

[12] *Annuaire de législ. étrang.*, 1879, texte, notice et notes par Georges

Digitized by Google

du livre III, remplaçant les articles 443, 444, 446 et 447 du Code d'instruction criminelle, c'est-à-dire modifiant les règles de la révision[13].

L'histoire de la procédure pénale comprend en Belgique trois périodes, qui correspondent aux périodes de son histoire contemporaine. De 1795 à 1814, la Belgique fut terre française. Elle passa donc successivement sous le régime du Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV et du Code d'instruction criminelle de 1808. Après les événements de 1814, la Belgique, faisant partie du nouveau royaume des Pays-Bas, vécut, comme le reste du pays, sous l'empire de la législation napoléonienne. Mais le Code de 1808 fut presque immédiatement modifié sur deux points importants : le jury fut aboli et on supprima « la publicité des débats en matière criminelle et correctionnelle jusqu'aux plaidoiries » (Arrêté du 6 nov. 1814). Après 1830, la Belgique, formant désormais un royaume autonome, reprit la législation française qui a été, du reste, modifiée et amendée par une série de dispositions qui feront l'objet d'un examen spécial à propos de chacune des institutions qu'elles concernent[14].

IV. *Principauté de Monaco.* — Le Code d'instruction criminelle de la principauté de Monaco, qui porte la date du

Louis, p. 443 et 457. Tous les documents parlementaires relatifs au titre préliminaire du nouveau Code ont été reproduits *in extenso* et coordonnés par Nypels sous le titre de *Commentaire du Code de procédure pénale* (Bruxelles, 1878).

[13] Cette loi, qui porte la date du 18 juin 1894, est rapportée dans l'*Ann. de législ. étr.*, 1895, t. 24, p. 504 à 514 (Notice et notes par A. Le Poittevin). Sur le projet de réforme du Code belge dans son ensemble : S. Mayer, *Das Strafprozessrecht Belgiens*, dans *Archiv für Strafrecht*, 1886; Vacca, *Le riforme del codice di procedura penale nel Belgio*, dans *Rivista penale*, t. 30, p. 109 et suiv.

[14] Bibliographie : Haus, *Principes généraux de droit pénal belge*, t. 2, liv. IV; Thonissen, *Travaux préparatoires du Code de procédure pénale*, Rapports faits à la Chambre des représentants; Limelette, *Le Code de procédure pénale appliqué et annoté; Revue critique de droit criminel* (Procédure pénale); Fernand Thiry, *Cours de droit criminel* (2e éd., 1895), IIe partie, *Procédure pénale; Pandectes belges*, passim; Nypels, *Législation criminelle de la Belgique*, 3 vol. in-8°.

Digitized by Google

31 décembre 1873[15], est, comme on peut le penser, calqué sur le Code français de 1808. Il en diffère néanmoins à divers points de vue et notamment par rapport à l'ordre de distribution des matières. Ce qui caractérise cette procédure, c'est l'exclusion du jury du jugement des procès criminels[16].

V. *Grand-Duché du Luxembourg.* — La législation criminelle du Grand-Duché du Luxembourg n'a pas le mérite de l'originalité. Le Code pénal luxembourgeois, promulgué le 18 juin 1879, reproduit le Code pénal belge de 1867. La procédure du Grand-Duché est encore réglée par le Code d'instruction criminelle français de 1808, auquel néanmoins des changements importants ont été faits[17].

VI. *Espagne.* — Le Code de procédure pénale espagnol date du 14 septembre 1882[18]. La réforme capitale de ce Code est la substitution du débat oral à la procédure écrite. Le peuple espagnol avait été « élevé, durant des siècles, dans la procédure écrite, secrète et inquisitoriale »; il a renoncé à ce régime pour adopter le système accusatoire, « en le transportant, pour ainsi dire, jusque dans l'instruction préalable, puisque le législateur accorde au prévenu les garanties que les lois anciennes lui refusaient et que le secret de l'instruction est maintenu seulement dans la limite nécessaire pour empêcher les indices du délit de disparaître[19] ».

[15] Édition officielle, Nice, Cauvin et C[ie], 1874.

[16] Les articles 76, 355, 358 et 444 du Code d'instruction criminelle ont été modifiés par une ordonnance souveraine du 16 août 1888 et l'article 467 par une ordonnance du 22 mai 1891. Du reste, un projet de revision générale du Code était en préparation. Voy. sur ce projet : De Rolland, *Projet de Code de procédure pénale,* 3 vol. in-8°, 1899-1903. Il vient d'être sanctionné. Voy. *Code de procédure pénale de la principauté de Monaco* (in-8°, 1905).

[17] Voy. Jacques Delahaye, *Bull. de l'Union intern. de droit pénal,* 1903, p. 63.

[18] Traduit dans la collection des Codes étrangers par Gabriel Verdier et Joseph Depeiges (Paris, *Imprimerie nationale,* 1898). Voy. également : Theurault, *Notice sur le Code de procédure criminelle du 14 septembre 1882* (*Annuaire,* t. XII, p. 693). Sur l'histoire : Du Boys, *Histoire du droit criminel de l'Espagne* (1 vol. in-8°, 1870).

[19] Rapport du ministre de Grâce et Justice.

Digitized by Google

Le jury, supprimé en 1875, a été rétabli par la loi du 20 avril 1888[20], qui lui a donné compétence pour statuer sur les délits les plus graves.

La création du ministère public en Espagne paraît très ancienne; mais c'est à la législation de 1812 que l'on fait remonter son organisation actuelle. Les membres du ministère public, qu'on appelle aussi *representantes del ministerio fiscal,* ont les mêmes attributions qu'en France dans la procédure répressive. Ils exercent l'action publique dans toute les affaires, excepté dans celles qui, d'après la loi, ne peuvent être poursuivies qu'à la requête de la partie lésée.

VII. *Italie.* — Le droit organique répressif est représenté actuellement, dans l'Italie unifiée, par deux sources principales : 1° le statut fondamental du royaume et les lois d'ordre constitutionnel et politique; 2° le Code de procédure pénale et les lois sur l'organisation judiciaire.

a) Le statut du royaume contient quelques déclarations et dispositions constitutionnelles qui se réfèrent : à la liberté individuelle (art. 26), l'inviolabilité du domicile (art. 27), l'exclusion des tribunaux d'exception (art. 71), la publicité des audiences (art. 72), l'immunité des sénateurs (art. 37), la garantie politique des députés (art. 45), l'institution d'une haute-cour de justice (art. 36). D'autres lois d'ordre constitutionnel ou politique se réfèrent à certains points d'organisation judiciaire ou de procédure, telles que la loi du 13 mai 1871 sur les prérogatives du souverain pontife, l'édit ou loi sur la presse du 26 mars 1848, etc.

b) Le Code de procédure pénale italien, date de 1865[21] : il doit être complété, soit par la loi sur l'organisation judiciaire du 6 décembre 1865, laquelle est elle-même suivie d'un rè-

[20] Cette loi a été traduite en appendice, après la traduction du Code, par Verdier et Depeiges.

[21] Marcy, *Code de procédure pénale du royaume d'Italie,* 2 vol. in-8°, 1881, Paris. Les deux principaux commentaires de ce Code sont : Borsari et Casorati, *Codice di procedura penale commentato* (5 vol., Milan, 1885); Saluto, *Commenti al Codice di procedura penale* (8 vol., in-8°, 3e éd., Turin, 1884).

Digitized by Google

glement du 14 décembre 1865, soit par les autres lois, trop nombreuses pour être citées ici, lois qui se réfèrent à la magistrature et à son fonctionnement. Parmi ces lois, il faut cependant noter celle du 6 décembre 1888[22] qui attribue, à la Cour de cassation de Rome, la connaissance exclusive de toutes les affaires pénales du royaume et qui supprime les chambres criminelles des six autres Cours de cassation.

L'organisation judiciaire se rapproche sensiblement de l'organisation française. Les préteurs, sortes de magistrats analogues à nos juges de paix, forment le dernier degré de la hiérarchie judiciaire. Des cours d'assises, constituées comme les cours d'assises françaises, rendent la justice en matière criminelle[23]. Le ministère public est organisé sur des bases analogues.

c) Les projets de réforme du Code de procédure pénale italien sont aussi nombreux que variés. Il ne saurait être question ici, de ceux qui sont dus à l'initiative parlementaire. Mais, parmi les projets, présentés au nom du gouvernement, je citerai, par ordre chronologique, le projet de Falco du 19 avril 1866, celui de Filippo de 1868, ceux de Villa du 9 mars 1880 et de Taiani du 25 novembre 1885, etc. Enfin, par décret du 1[er] octobre 1898, le garde des sceaux Aprile a institué une commission chargée d'étudier et de proposer les modifications dont le Code de procédure pénale serait susceptible dans le sens d'une protection plus efficace de la liberté individuelle et d'une rapidité plus grande du procès pénal[24]. Les procès-verbaux de cette commission ont été publiés[25]. La

[22] *Ann. de législ. étr.*, t. 17, p. 512.

[23] Loi du 8 juin 1874 (*Ann. de législ. étr.*, t. 4, p. 357) et la loi du 16 déc. 1886 qui la modifie (*Ann.*, t. 16, p. 395).

[24] Voy. Lucchini, *Guitizia per tutti* (*Rivista penale*, vol. 54, p. 489).

[25] *Lavori preparatori del Codice di procedura penale pel il regno d'Italia.* Atti della commissione instituta col decreto 3 ottobre 1899 del Ministro Aprile, con l'incarico di studiare e proporre le modifiazioni di introdune nel vigente codice di procedura penale (3 vol. in-4°, Roma). Les deux premiers volumes renferment les procès-verbaux de la commission. Le troisième contient des rapports sur les principaux problèmes de la procédure criminelle. Le

Digitized by Google

commission a terminé son travail en juin 1904. Sans modifier les bases essentielles de la procédure pénale, elle prépare une série de réformes de détail qui portent sur toutes les périodes du procès pénal[26].

VIII. *Suisse.* — Les Codes de procédure pénale des cantons de la Suisse peuvent être répartis dans les trois groupes ethniques : 1° des cantons de la Suisse allemande; 2° des cantons de la Suisse romande; 3° du canton italien du Tessin.

a) Les cantons de la Suisse allemande, Argovie, Saint-Gal, Bâle, Bâle-Campagne, Lucerne, Schaffouse, Zurich, Thurgovie, Grisons, Soleure, Appenzel, Unterwalden, Berne, Glaris, Schwyz, Zug, ont tous des Codes de procédure pénale, dont les dispositions varient dans les détails, mais qui reproduisent, dans les grandes lignes, le système mixte de procédure. Il suffira de citer l'une des lois de procédure les plus originales, celle du canton d'Appenzel du 25 avril 1880[27].

b) Les lois de la Suisse occidentale ont presque toutes subi l'influence des Codes français. Les peuples de la Suisse romande ont trop longtemps vécu sous l'empire de ces derniers pour avoir pu rejeter complètement et radicalement les traditions et les habitudes d'esprit qu'ils avaient empruntées à la France. Dans le canton de Genève, par exemple, le Code de 1808 est resté en vigueur jusqu'en 1884. Le Code actuel date du 25 octobre 1884, il a été promulgué le 4 janvier 1885[28]. Le Code de procédure pénale du canton de Fribourg date du 21 mai 1873 et a été mis en vigueur le 1er janvier 1874. Le Code de procédure pénale du canton du Valais, du 24 novembre 1848, est entré en vigueur le 1er juillet 1849. Du reste, ce dernier Code pourrait être daté de cent ans plus tôt, car il offre le spécimen curieux d'une procédure du XVIIIe siècle. Le système de la preuve légale est conservé par le Code

gouvernement italien a mis ces volumes avec une gracieuse libéralité, à la disposition des criminalistes étrangers.

[26] Voy. le résumé des discussions de la commission dans la *Scuola positiva*, 1904, p. 441.

[27] Elle a été analysée dans l'*Ann. de législ. étr.*, t. 10, 1881, p. 447.

[28] Voy. Lefort, *Ann. de législ. étr.*, t. 14, 1885, p. 571.

Digitized by Google

du canton du Valais; on y parle encore de demi-preuve, et, pour établir un fait, les dépositions uniformes de deux témoins irréprochables sont nécessaires. Il y a bien un débat oral, puisque les parties plaident devant le tribunal, mais le tribunal n'entend pas les témoins et juge uniquement d'après les pièces de la procédure. Dans le canton de Vaud, le Code de procédure pénale, du 1er février 1850, est entré en vigueur le 1er juillet 1850. Le Code de procédure pénale de Neuchâtel, l'un des plus récents et des plus progressifs, date du 25 septembre 1893; il est devenu exécutoire le 12 mars 1894[29].

Il serait assez difficile de faire, entre ces divers Codes, une comparaison utile, car ils diffèrent assez profondément les uns des autres[30].

c) Dans le canton du Tessin[31], le décret constitutionnel du 8 novembre 1894, contient les bases d'une nouvelle organisation en matière pénale. D'après la loi d'organisation judiciaire du 4 mai 1895, promulguée en suite de ce décret, les juges de paix connaissent des infractions punies au maximum de 100 francs d'amende ou de sept jours de prison; les assises de district, des infractions punies de plus de 100 francs d'amende ou de plus de sept jours de prison ou de détention; les assises cantonales, des infractions qualifiées crimes. Les cours d'assises — c'est une innovation intéressante — se composent simultanément de magistrats et de jurés, statuant en commun et connaissant du fait, du droit et de la peine. Cette loi, en 36 articles, a été suivie, à la même date, d'un Code de procédure pénale en 344 articles.

IX. *Pays-Bas.* — La Hollande possède un Code de procé-

[29] Le Code précédent datait du 7 avril 1875 (*Ann. de législ. étr.*, t. 5, p. 762 et suiv.).

[30] Ce travail a été fait et bien fait par A. Gautier, au point de vue seulement de la procédure d'instruction. Voy. *La réforme de l'instruction préparatoire* (*Rev. pénale suisse*, 1904, p. 253 à 273). Quant à la procédure du jugement, nous aurons souvent à citer le Code de Genève qui a établi le jury correctionnel.

[31] Voy. *Ann. de légis. étr.*, 1896, t. 25, p. 560.

Digitized by Google

dure pénale qui est caractérisé, comme du reste les lois de ce pays, par sa concision et sa brièveté (419 articles). Il est divisé en vingt-deux titres, dans lesquels les matériaux sont disposés dans un ordre assez semblable à l'ordre des textes du Code français. Il y a lieu de remarquer l'absence de jury et un système de preuves légales dans un sens favorable à la défense. Une loi du 15 janvier 1886 a introduit, dans ce Code, certaines modifications pour le mettre en concordance avec le Code pénal de 1881, mais les principes généraux n'en ont pas été touchés[32]. Les particuliers ne peuvent, en principe, participer à l'exercice de l'action publique que par voie de dénonciation (art. 11). Les deux actions, publique et civile, sont complètement distinctes. Ce Code a interdit l'action civile, d'une manière absolue, devant la juridiction criminelle. Il ne l'a maintenue, devant la juridiction correctionnelle et de police, que lorsque la demande étant inférieure à un certain taux, il eût été préjudiciable aux parties de les obliger à faire un second procès (art. 231 et 253).

X. *Grande-Bretagne.* — Il y a lieu d'étudier la procédure en Angleterre, en Écosse et en Irlande.

a) Pas plus en Angleterre qu'en Irlande et en Écosse, la procédure pénale n'a été codifiée. Les tentatives mêmes qui ont été faites, en 1878 et 1879, pour obtenir du Parlement anglais l'adoption d'un projet de codification dû à sir James Stephen, sont restées limitées au droit pénal. Dans les trois États, la procédure a pour base, en partie le droit commun (*common law*), en partie le droit statutaire (*Statut law*).

Le droit commun est le droit coutumier qui est contenu dans les sentences des tribunaux, ou le droit qui est créé à nouveau par les juges par application analogique des disposi-

[32] Voy. Van Swinderen, *Esquisse du droit pénal actuel dans les Pays-Bas et à l'étranger*, 5 vol. in-4°, 1891-1903. Les deux derniers volumes sont des suppléments. Les Codes néerlandais ont été traduits par Tripels. Le Code de procédure pénale a été modifié, comme nous le disons au texte, par une loi du 15 janvier 1886 (*Ann. de législ. étr.*, 1886, p. 111).

Digitized by Google

tions en vigueur[33]. Le droit statutaire, n'est autre que le droit législatif.

Ce qui caractérise la procédure anglaise, c'est : 1° le régime de l'accusation populaire; 2° l'absence d'une procédure d'instruction faite par un juge; 3° l'institution d'un double jury, le jury d'accusation et le jury de jugement; 4° l'organisation de fonctionnaires, juges de police, dans certaines villes, qui ont le droit de juger sommairement les infractions légères et de renvoyer, dans les cas graves, devant une juridiction supérieure; 5° l'exigence de l'unanimité des voix du jury de jugement pour décider la culpabilité; 6° l'assistance d'un défenseur à toutes les phases de la procédure; 7° l'arrestation facilitée par la coutume, mais l'incarcération rendue difficile et exceptionnelle; 8° l'interrogatoire et l'examen des témoins par les avocats des deux parties, par l'accusateur et l'accusé, suivant le procédé croisé (*cross-examination*).

En Angleterre, comme en France, les infractions sont réparties en trois classes (*treasons, felonies, misdemeanors*). Mais ce classement n'est pas en rapport avec l'organisation judiciaire. Le jury est le juge de droit commun. La seule division qui ait un intérêt juridictionnel est celle des causes, en *sommaires* ou *indictables*. Les premières sont de la compétence des juridictions inférieures ou sommaires : juges de paix, cours de petite session, cours de police. Les secondes

[33] Voy. comme source de nos renseignements sur l'organisation judiciaire et la procédure anglaise : de Franqueville, *Les institutions politiques, judiciaires et administratives de l'Angleterre* (2e éd., 1864, 1 vol. in-8°); *id.*, *Le système judiciaire de la Grande-Bretagne* (2 vol. in-8°, 1893); Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et administratives de l'Angleterre* (6 vol. in-8°, 1881-1883); Mittermaier, *Traité de la procédure criminelle en Angleterre, en Écosse et dans l'Amérique du Nord*, trad. par Chauffard (1 vol. in-8°, 1868); A. Prins, *Étude comparative sur la procédure pénale à Londres et en Belgique* (Bruxelles, 1879); du Boys, *Histoire du droit criminel de l'Angleterre*, 3e vol. de l'histoire du droit criminel des peuples modernes (Paris, 1860); Halton, *Étude sur la procédure criminelle en Angleterre et en France* (Thèse doct., Paris, 1898); Seymour Harris, *Principii di diritto e procedura penale inglese*, trad. de Bertola (Vérone, 1898).

Digitized by Google

sont introduites par ces juridictions inférieures, mais portées devant les juridictions supérieures et soumises au verdict du jury[34].

b) La procédure pénale de l'Écosse[35] est à mi-chemin des deux grands courants historiques. Elle tient le milieu entre le système continental et le système anglais. Dans certaines parties, elle est strictement inquisitoriale[36]; dans d'autres, elle est nettement accusatoire. L'action pénale, par exemple, est confiée à des fonctionnaires spéciaux, à la tête desquels se trouve le *lord advocate,* membre du Parlement; mais, à côté de l'accusation officielle, est admise l'accusation subsidiaire du particulier lésé[37]. Pour que le *lord advocate* soit absolument indépendant, il n'est responsable de ses actes que devant le Parlement, de sorte que son action ne peut avoir aucune efficacité quand l'opinion publique lui est hostile.

c) La procédure de l'Irlande, est en partie empruntée au système mixte, sans caractères propres, dignes de remarques[38].

d) Dans les colonies anglaises, les lois et coutumes indigènes sont respectées.

Un Code de procédure pénale pour les Indes anglaises a été promulgué le 22 mars 1898. Il remplace les Codes successifs de 1861, 1871, 1882[39].

XI. *Russie.* — Les grandes réformes sociales qui ont marqué, en Russie, l'avènement de l'Empereur Alexandre II,

[34] Glasson, *op. cit.*, t. 6, p. 569.

[35] J. Dove Wilson, professeur à l'Université d'Aberdeen, *De la procédure criminelle en Écosse, Bull. de l'Un. int. de droit pénal,* t. 11, 1903, p. 71 à 82. Voy. sur l'ensemble : J.-H.-A. Macdonald, *A practical treatise on the criminal laws of Scotland* (2e éd., 1877), p. 246 à 550.

[36] On croit généralement que la procédure préliminaire est modelée sur le système français du XVIe siècle, auquel, du reste, le système écossais ressemblait originairement davantage que maintenant.

[37] Du reste, l'action privée est tombée en désuétude. Voy. Mittermaier, *op. cit.*, p. 214 et 215; Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre,* t. 7, p. 732.

[38] Même phénomène qu'en Écosse : abandon de l'action privée.

[39] Voy. Notice et analyse dans *Ann. de législ. étr.*, 1899, t. 28, p. 968 à 976.

Digitized by Google

telles que l'affranchissement des serfs en 1861, l'abolition des peines corporelles en 1863, la reconstitution, à la même date, de l'administration provinciale (*Zemstwo*), ont été la préface des lois judiciaires de 1864[40]. C'est à la date du 20 novembre 1864 qu'entrèrent en vigueur les lois de procédure pénale qui régissent encore la Russie. La nouvelle organisation judiciaire repose sur les principes de la séparation des pouvoirs judiciaire, administratif et législatif et de l'inamovibilité de la magistrature, sur la participation du peuple à l'administration de la justice par l'institution du jury et l'élection des juges de paix. La procédure civile et secrète est remplacée par la procédure orale et publique, la théorie des preuves légales, par celle des preuves de conviction. Le nombre des degrés de juridiction, qui entraînait des lenteurs indéfinies, est limité, et, au lieu de la revision d'office des jugements, c'est aux parties intéressées qu'est remis le droit de les attaquer. Enfin, l'institution d'un tribunal de cassation, pris dans le sein du Sénat dirigeant, permet d'assurer partout l'application exacte de la loi.

Ce Code de procédure pénale prend pour point de départ le système français, mais il l'adapte aux mœurs et aux traditions russes. C'est une œuvre nationale et non une simple imitation des Codes étrangers[41].

A la suite des événements politiques et sociaux qui ont marqué la fin du règne d'Alexandre II, et l'attentat monstrueux du 1[er] mars 1881, une réaction contre ce système libéral se produisit. Elle s'est manifestée, notamment, par la loi de 1889 qui supprime l'élection pour la désignation des juges de paix et qui confond, à nouveau, les pouvoirs judiciaire et administratif, en subordonnant le premier au second.

[40] Kapnitz, *Code d'organisation judiciaire de l'Empire de Russie*, édition de 1883-1890, traduit et annoté, in-8°, 1893.

[41] Parmi les ouvrages écrits en Russie sur la procédure pénale, les plus importants sont ceux de : Foïnitski, *Cours de procédure pénale*, 1885; Tallberg, *Cours de procédure pénale*, 1890; Tshebyshew-Dmitriew, *La procédure pénale russe*, 1875; Sloutshewski, *Cours de procédure pénale*, 1890-1892. Aucun de ces ouvrages écrits en russe n'a été traduit en français.

Digitized by Google

Néanmoins, les lois judiciaires et de procédure du 20 novembre 1864 ont exercé, sur le développement de la vie juridique russe, la plus heureuse influence.

En même temps que la réforme du Code pénal qui vient d'aboutir, une réforme analogue des lois judiciaires est en voie d'exécution[42]. Les travaux de la commission ont été terminés en 1899. Ils ont été publiés, et le projet est actuellement soumis au Conseil de l'Empire. C'est à la conception d'une procédure contradictoire, dès le début de l'instruction, que se rattache la principale innovation du projet[43].

On sait que le Grand-Duché de Finlande, qui est réuni à la Russie, possède une législation spéciale et autonome. Son droit positif a la même origine que le droit positif suédois, et l'histoire du droit des deux pays a eu un cours commun jusqu'au jour où la séparation politique de la Finlande et de la Suède a permis à chacun de ces droits de se développer dans son sens ethnique. Le Code pénal finlandais actuel date du 19 décembre 1889. Il est entré en vigueur le 1er janvier 1891[44]. La procédure criminelle n'est pas codifiée. Elle fait l'objet de lois nombreuses et successives, notamment des lois du 27 avril 1868, des 24 février et 3 mars 1873, etc., qui s'occupent aussi de la procédure civile[45].

[42] Voy. Margoline, *Aperçu critique du nouveau Code pénal russe* (Paris, 1905), avec ma préface.

[43] Ces réformes ont été inspirées par l'ancien ministre de la justice, Mourawiëw, qui a su donner à toutes les questions concernant l'administration de la justice pénale une direction très libérale et très vigoureuse. Voy. Kapnist, *Documents relatifs à la revision des Codes d'organisation judiciaire et de procédure civile et criminelle entreprise par ordre de S. M. l'empereur Alexandre III, du 7 avril 1894.*

[44] Le Code pénal finlandais a été traduit en français par Ludovic Beauchet, professeur à la Faculté de droit de Nancy (Paris, 1890). Voy. les appréciations très intéressantes sur cette législation par Henri Joly, *A travers l'Europe* (Paris, Lecoffre, 1898), *En Finlande*, p. 6 à 44. Sur la législation finlandaise, notice de M. R. Montgommery, *Ann. de législ. étr.*, t. 9, 1880, p. 727 à 756.

[45] Sur l'organisation judiciaire : *Répertoire général alph. de droit français*, v° *Finlande*, t. 22, p. 256.

Digitized by Google

XII. *Pays balkaniques.* — Nous groupons, sous cette étiquette, la Bulgarie, la Serbie, la Roumanie.

a) Les différentes procédures avaient fait l'objet, en Bulgarie, dès le temps de l'occupation russe, de règlements provisoires, inspirés principalement des Codes russes. Depuis, ces règlements avaient été remplacés par des lois nouvelles. Seul, le règlement relatif à la procédure criminelle restait encore en vigueur. Il a été remplacé par le Code de 1897[46], divisé en cinq livres : 1° de la compétence; 2° de l'instruction préliminaire; 3° de la procédure devant les tribunaux départementaux (la procédure devant les justices de paix est réglée par une loi spéciale du 3 juin 1880)[47]; 4° des manières de se pourvoir contre les jugements; 5° de l'exécution des jugements. Les lois du 17 janvier 1900, du 26 janvier 1901, et du 20 janvier 1902 ont modifié et complété ce Code de procédure pénale[48].

b) Le Code de procédure pénale serbe date du 16 juin 1865. Il est la copie fidèle du Code autrichien de 1853 qui lui a servi de modèle. Les règlements judiciaires provisoires, élaborés lors de la création de la principauté, ont été remplacés par des lois nouvelles, et le Code de 1865 a été profondément modifié en 1880.

c) Le Code de procédure pénale roumain, inspiré de la législation française, a été promulgué en 1864. L'organisation judiciaire et la procédure de ce pays présentent la plus grande analogie avec l'organisation judicaire et la procédure françaises.

XIII. *Pays scandinaves.* — Nous comprenons, dans ce groupe, le Danemark, la Suède et la Norvège.

a) La procédure pénale danoise est régie par diverses lois dont les principales remontent à 1845[49]. Le ministère public

[46] Notice et analyse dans *Ann. de législ. étr.*, 1898, t. 27, p. 809 à 817.

[47] Une loi de 1896 a modifié la procédure pénale devant les juges de paix (*Ann. de législ. étr.*, 1896, p. 778).

[48] On en trouvera l'analyse dans le *Bulletin de l'Union int. de droit pénal*, t. 12, p. 108.

[49] C. Goos, *Der danske Straffepro.* (La procédure pénale danoise) (Co-

Digitized by Google

a l'initiative des poursuites. Mais le Code pénal danois de 1866 décide que, pour certaines infractions, la poursuite peut être exercée par la partie lésée et dans les formes de la procédure civile, par exemple dans les cas d'injures et violences légères (§§ 116, 200, 212, 215 à 222, 226, 233). Pour d'autres, l'exercice de l'action publique est subordonné à la plainte de la partie lésée, par exemple en cas d'adultère, d'attentats aux mœurs, de vols insignifiants, etc. (§§ 159, 174, 235, 236, 254, 278). Il n'existe pas de jury. Le tribunal criminel et de police du premier degré, organisé, à Copenhague, par deux lois des 28 février 1845 et 24 mai 1879, se compose de onze membres dont un président et dix juges inamovibles et nommés par le roi[50]. Chaque affaire doit être jugée par cinq magistrats. Le tribunal connaît de toute affaire pénale et juge sans assesseurs ni jurés, quelle que soit la gravité de l'infraction. Mais toute condamnation à une peine excédant une amende de 20 couronnes, peut être déférée, en appel, à la Cour suprême.

b) La Suède est encore régie par des Codes de 1734 (civil, pénal, commercial), modifiés par une série de lois qui les ont adaptés aux institutions et aux mœurs actuelles[51].

c) Le Code de procédure pénale norvégien du 1er juillet 1887 est entré en vigueur le 1er janvier 1890. Sa principale innovation consiste dans l'introduction du jury, inconnu jusqu'alors en Norvège, et dans l'adaptation de la procédure à la nouvelle institution[52].

penhague, 1880). C'est également à C. Goos qu'est dû l'ouvrage le plus important sur le droit pénal qui ait paru en Danemark.

[50] P. Dareste, *Ann. de législ. étr.*, t. 9, p. 660; Beauchet, *Étude sur l'organisation judiciaire dano-norvégienne*, *Bull. soc. législ. comp.*, 1884, t. 13, p. 128.

[51] Voy. de la Grasserie, *Les Codes suédois de 1734*, suivis des lois postérieures promulguées jusqu'à ce jour, traduits et annotés (1 vol. in-8°, 1895).

[52] P. Dareste, *Ann. de législ. étr.*, t. 17, p. 711. Ce Code a été traduit, en Italie, par Brusa, *Codice di procedura penale norvegese* (Traduzione, note e ragionamento, Torino, 1900). Je renvoie à ce travail, qui est précédé d'une remarquable introduction sur l'histoire de la procédure criminelle en Norvège et les caractères principaux du nouveau Code.

Digitized by Google

XIV. *Turquie. Égypte.* — Le Code de procédure pénale turc porte la date du 25 juin 1879. Il comprend 487 articles. L'Égypte est régie par le Code du 3 novembre 1883, modifié en 1899[53]. Ces législations ne se séparent guère du type français qui leur a servi de modèle.

Le Code de procédure pénale du Soudan porte la date du 2 octobre 1899 (*The Sudan Code of criminal procedure*)[54].

XV. *Amérique du Nord.* — Les États-Unis de l'Amérique du Nord sont organisés en république fédérale. Il y a donc deux espèces de législations, comme il y a deux espèces de tribunaux : la législation fédérale, la législation spéciale à chaque État. La Constitution renferme la disposition suivante : « Les « attributions non déléguées aux États-Unis par la constitu- « tion fédérale, ni enlevées par elle aux États, sont réservées « à ces derniers respectivement ».

En conséquence de cette disposition, les tribunaux fédéraux, la Cour suprême des États-Unis, les Cours de circuit et les Cours de district, ont une compétence criminelle exclusive pour juger certaines infractions, telles que les crimes de haute trahison envers les États-Unis, les infractions commises sur un territoire fédéral, etc., et une compétence concurrente, avec les tribunaux de l'État où l'acte criminel a été commis, pour certaines infractions, telles que les contrefaçons et falsifications de monnaies nationales, etc.

La législation des États-Unis procède de la législation anglaise, à laquelle elle a emprunté sa *common law* et ses anciens statuts, de sorte que, pendant longtemps, elle fut exclusivement composée, comme en Angleterre, de dispositions coutumières, complétées et modifiées par des lois spécialement votées. Depuis quelques années, un mouvement de codification s'est produit dans la plupart des États, et, aujourd'hui, beaucoup d'entre eux possèdent, soit des Codes portant

[53] Notice par Vidal-Bey, *Ann. de législ. étrang.*, 1884, p. 782. Modifications en 1899 : *Ann. de législ. étrang.*, 1900, t. 29, p. 534. Le Code de procédure pénale turc est traduit en allemand dans la collection des Codes étrangers du supplément du *Bulletin de l'Union intern. de droit pénal* (Berlin, 1905).

[54] Notice et analyse dans *Ann. de législ. étrang.*, 1900, t. 29, p. 572 à 675.

Digitized by Google

sur une branche spéciale du droit, soit des Codes comprenant plusieurs matières juxtaposées. C'est ainsi que la procédure pénale a été codifiée particulièrement dans l'État de New-York[55]. Le Code de 1881, qui reproduit assez exactement la moyenne des institutions américaines, peut être pris comme type du régime de la procédure criminelle dans ce pays. A ce point de vue, les législations des États-Unis présentent, avec la législation de l'Angleterre, les différences suivantes : 1° Il existe un ministère public chargé de la poursuite des crimes et délits dans tous les États de l'Union et près des juridictions fédérales[56]. Devant les cours inférieures (*not of record*) seules, son action est facultative. 2° La composition du grand et du petit jury, diffère dans les deux pays : elle est plus démocratique aux États-Unis. Les noms des jurés sont tirés au sort, dans la plupart des États, sur une liste dressée par une commission de fonctionnaires et de magistrats. En Angleterre, c'est encore le sheriff qui est chargé de choisir le jury de session, sur une liste de personnes réunissant certaines conditions de cens, de domicile et de capacité, liste formée par les marguilliers des paroisses et les administrateurs de la taxe des pauvres. 3° La procédure est moins formaliste aux États-Unis qu'en Angleterre. Les vices des actes de procédure sont inopérants s'ils ne portent pas atteinte aux droits essentiels de la défense. Le serment peut être remplacé par une affirmation solennelle.

[55] *Code de procédure criminelle de l'État de New-York*, traduit par André Fournier (Larose, 1893).

[56] C'est à ce point de vue seulement que se fait sentir, dans la législation criminelle des États-Unis, l'influence française. L'insécurité et l'impunité qui, dans un pays neuf et formé d'éléments ethniques différents, auraient été la conséquence du système de poursuite anglais qui abandonne la répression à l'initiative privée, ont amené les Américains, dès la fin du XVIII[e] siècle, à confier, à un fonctionnaire spécial, le soin de poursuivre et d'assurer la répression. Mais les attributions relatives à la police judiciaire et à l'exécution des décisions de justice sont restées étrangères au « *public prosecutor* » américain. Fournier (*op. cit.*, p. 9) fait observer que l'imitation s'est faite en prenant pour modèle le ministère public tel qu'il était constitué auprès des juridictions de l'ancien régime français.

Digitized by Google

Mais, en faisant abstraction de ces différences, et si on envisage, dans son ensemble, la procédure criminelle des États-Unis, c'est le système accusatoire anglais dont cette procédure reproduit le type : 1° Dans l'instruction préalable, publique et contradictoire, l'inculpé a le droit d'être assisté d'un avocat et de ne pas subir d'interrogatoire ; 2° La détention préventive, réduite à son minimum de sévérité et de durée, ne peut être aggravée par l'interdiction de communiquer; 3° La mise en accusation est ordonnée par un jury spécial ; 4° Toute personne poursuivie en matière pénale a, si elle n'y renonce pas, le droit d'être jugée par le jury; 5° L'instruction est faite par chaque partie et l'impartialité du juge est assurée par son rôle effacé dans l'administration de la preuve; 6° De nombreuses garanties sont données à l'accusé, par l'unanimité exigée pour l'existence du verdict de culpabilité, par l'interdiction de tirer des antécédents de l'accusé une présomption contre lui, par le délai qui doit s'écouler entre le verdict et la sentence, par les délais et les conditions des voies de recours.

XVI. *Amérique du Sud.* — Les États de l'Amérique du Sud présentent, dans leur loi de procédure pénale, des variétés nombreuses, mais les points de comparaison qui existent entre elles tiennent à ce que ces lois dérivent de la législation espagnole.

Un Code pénal et un Code de procédure pénale ont été promulgués, dans le Venezuela, le 14 mai 1897, et sont entrés en vigueur le 20 février 1898[57]. Le pouvoir législatif des différents États et celui du district fédéral sont autorisés à adopter l'institution du jury qui fonctionnera conformément aux règles établies par le Code de procédure pénale.

Le Code de procédure pénale des États-Unis du Mexique a été promulgué le 6 juillet 1894[58]. Ce code n'a pas modifié la procédure; dans sa partie relative à l'organisation et au fonctionnement du jury, il reproduit la loi du 24 janvier 1891 (*Ley de Jurados*).

[57] Notice et analyse dans *Ann. de législ. étr.*, 1898, t. 27, p. 963 à 966.
[58] *Ann. de législ. étr.*, 1895, t. 24, p. 946 et 947.

Digitized by Google

En Bolivie, le Code actuel date du 6 août 1888. Il n'est, en réalité, qu'une révision du Code du 8 février 1858. Cette législation rentre dans le cadre de la législation espagnole à laquelle elle a emprunté ses principales règles [59].

Le Code de procédure pénale de la République argentine, adopté le 4 octobre 1888, est entré en vigueur le 1er janvier 1889 [60].

Le Code de la République de l'Équateur date du 9 septembre 1890 [61].

XVII. *Japon.* — Le Code de procédure criminelle a été arrêté et promulgué en 1880 avec le Code pénal [62]. Les deux Codes ont force de loi depuis le 1er janvier 1882. Ils s'inspirent plus particulièrement l'un et l'autre de la législation française [63].

65. Les trois problèmes principaux, que soulève la procédure criminelle, concernent l'organisation et le fonctionnement soit de l'*action*, soit de l'*instruction*, soit du *jugement*. Comment ont-ils été résolus par les législations européennes?

I. Conformément au vieil adage germanique : « pas d'accusateur, pas de juge [64] », les tribunaux répressifs ne sont aujourd'hui appelés à statuer que sur les infractions qui leur sont soumises. En France, « l'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi », c'est-à-dire au ministère public (C. instr. cr., art. 1). Mais l'omnipotence du ministère public est limitée par le droit qui est reconnu aux parties lésées de saisir soit les tribunaux de répression, soit le juge d'instruction.

C'est le système qui est admis, presque partout, dans les législations européennes. L'institution du ministère public,

[59] Voy. l'analyse succincte faite par H. Prudhomme, dans *Bull. de l'Union intern. de droit pénal*, t. 12, p. 148 à 152.

[60] Voy. Daireaux et Theurault, *Ann. de législ. étr.*, 1888, p. 1042.

[61] Henri Prudhomme, *Ann. de législ. étr.*, 1890, p. 973.

[62] Une traduction française officielle en a été donnée à l'Imprimerie nationale de Tokio au mois de mars 1881.

[63] Sur le Code de procédure pénale : van Hamel, *Rev. de droit. int. et de législ. comp.*, 1882, t. 14, p. 512.

[64] Wo Kein Kläger ist, ist Kein Richter.

Digitized by Google

dont l'origine est bien française, a fait le tour du monde. Elle existe, avec des différences inévitables d'organisation, dans la plupart des États. Toutefois, trois législations peuvent être prises, comme type d'études, au point de vue du rôle qu'elles réservent aux parties privées.

Dans le Code allemand, l'accusation est, en principe, confiée au ministère public. Mais la partie lésée n'a pas le droit d'agir, même au point de vue de ses intérêts civils, devant les tribunaux de répression. Elle demande la réparation du préjudice qui lui a été causé aux tribunaux ordinaires. Il existe, toutefois, deux institutions qui tendent à limiter et à expliquer ce caractère particulier de la procédure germanique. On trouve, dans le Code allemand, un grand nombre d'infractions pour lesquelles la loi s'en rapporte à la victime ou à ses représentants légaux, relativement à l'opportunité de la poursuite, le ministère public n'ayant le droit d'agir qu'autant que son intervention a été sollicitée par la victime. La partie lésée peut aussi joindre son action à l'action publique lorsque la loi lui accorde le droit de réclamer une composition (*Busse*). La composition est une réparation pécuniaire d'une nature spéciale qui diffère, à la fois, des dommages-intérêts et de l'amende : des dommages-intérêts, en ce qu'elle n'est pas égale au préjudice et ne peut être réclamée que du coupable, accessoirement à la peine et dans les limites d'un maximum fixé par la loi; de l'amende, en ce qu'elle n'est pas attribuée au Trésor, mais à la partie lésée et ne peut pas, en cas de non-paiement, être convertie en prison.

En Autriche, si le ministère public est le principal représentant de l'accusation, il n'en est pas le représentant exclusif. Deux institutions viennent limiter son pouvoir. L'accusation peut être soutenue par la personne lésée dans un grand nombre de cas (art. 46 et suiv.). De plus, le Code de 1873 admet l'*accusation privée subsidiaire*, c'est-à-dire, en cas d'abandon de l'action publique par le ministère public, le droit, pour la partie lésée, de reprendre cette action à la place du ministère public et de conclure à l'application de la peine (art. 48). Enfin, le ministère public ou l'accusateur privé est maître de son

Digitized by Google

action, en ce double sens qu'il peut saisir directement lui-même la juridiction de jugement sans renvoi d'une juridiction d'instruction quelconque (art. 207), et que, après avoir saisi, il peut abandonner son accusation et dessaisir le juge. Ce sont là les traits caractéristiques de la procédure autrichienne au point de vue de la participation des particuliers à l'accusation publique.

En Espagne, les membres du ministère public ou fiscal (*representantes del ministerio fiscale*) ont les mêmes attributions qu'en France en ce qui concerne l'exercice de l'action publique. Mais, d'une part, le Code espagnol admet l'*accusation privée* pour certains délits, tels que la calomnie, l'injure, certains attentats aux mœurs, et ordonne au ministère public de se joindre à la partie lésée. D'un autre côté, ces exceptions mises à part, l'action tendant à la répression des faits punissables est *populaire :* il suffit d'être citoyen et de jouir de la plénitude des droits civils pour l'exercer. La société ne reste pas désarmée en présence de l'inertie habituelle, il faut bien le reconnaître, des simples particuliers. Son représentant, le ministère public ou fiscal, est tenu d'intenter des poursuites toutes les fois qu'un fait lui paraît en comporter. Les praticiens espagnols que nous avons pu consulter déclarent même qu'en fait, c'est toujours le ministère public qui poursuit.

L'institution du ministère public n'existe pas en Angleterre. « Quand une infraction a été commise, aucun magistrat ne « se lève pour prendre en mains les intérêts de la société me- « nacée. Mais tout particulier, lésé ou non, a le droit d'agir. « Personne ne peut être contraint de se porter accusateur, « sauf de rares exceptions, et, de leur côté, les magistrats ne « peuvent pas poursuivre tant qu'il n'a pas été formulé d'ac- « cusation précise »[66]. Les tentatives faites pour constituer un ministère public en Angleterre ont échoué, et l'*attorney general* et son auxiliaire, le *solicitor general,* sont des personnages plus décoratifs qu'utiles.

L'organisation du ministère public, qui existe en Écosse et en Irlande, offre certaines analogies avec l'organisation fran-

[66] Glasson, *op. cit.,* t. 6, p. 724.

Digitized by Google

çaise. L'Écosse possède, depuis longtemps, un ministère public assez fortement constitué pour que l'accusation privée n'existe qu'à l'état de souvenir[66]. L'Irlande a un *attorney general*, aidé de *crown solicitors*, dont les fonctions sont permanentes.

La plupart des États-Unis d'Amérique ont un ministère public représenté par un *attorney general* et par des avocats publics de district qui ne cessent pas de faire partie du barreau.

II. La plupart des États européens font une place, dans leur législation, à l'instruction préparatoire.

Cette procédure est fondée sur cette idée qu'il faut ne soumettre aux juridictions de jugement que les accusations solides en fait et en droit et garantir la liberté individuelle des inculpés en établissant une barrière avant tout procès. Introduite par le Code français de 1808, cette procédure a marqué un progrès remarquable dans la législation pénale. Elle a passé dans la plupart des Codes de l'Europe continentale et, durant plus d'un demi-siècle, elle a été considérée comme une conquête de la civilisation juridique. Depuis quelques années, un courant scientifique très intense paraît lui être défavorable. D'une part, on reproche, au principe obligatoire et absolu du contrôle de l'accusation par le pouvoir judiciaire, la lenteur du système et l'impossibilité pratique, pour les magistrats, de faire une étude consciencieuse des dossiers. D'autre part, on constate que l'accusation est entravée et que les responsabilités s'éparpillent et se diluent sans profit bien réel pour l'accusé[67].

[66] Sur cette organisation : J. Dove Wilson, *Bull. de l'Un. int. de droit pénal*, t. 11, p. 71 à 73 : « La poursuite des crimes en Écosse est du ressort du ministère public et se fait aux frais de l'État. Lorsque le ministère public s'est saisi de l'affaire, le plaignant n'a pas le droit de porter plainte dans une cour criminelle. Au cas où le ministère public refuserait d'intervenir, le plaignant a le droit de poursuivre. Il est extrêmement rare, cependant, qu'un plaignant exerce ce droit, et, durant une longue expérience, je ne l'ai jamais vu exercer avec succès ».

[67] On peut suivre le développement de ces critiques dans les ouvrages suivants : — Romagnosi, *Progetto del codice di procedura penale pel cessato regno d'Italia*, 4e éd., 1838; *Ultime agguinte e riforme al progetto*, p. 251. — Glaser, *Uber Vorsetzung in Anklagestand in Kleine Schriften über Strafrecht und Strafprozess*, 2e éd., 1883, XVII, p. 437 à 520. — Bar,

Digitized by Google

En France, l'instruction est obligatoire en matière criminelle, facultative en matière correctionnelle : elle n'a pas lieu pour les contraventions de police. Cette distinction entre la petite et la grande criminalité est, en général, acceptée, avec des différences de détail dans l'application. En Allemagne, par exemple, on ne soumet à aucune instruction préalable les affaires du ressort du tribunal d'échevins. La procédure d'instruction préalable est, au contraire, obligatoire lorsqu'il s'agit de poursuites devant la cour d'assises ou le tribunal de l'Empire. En matière d'infraction relevant des tribunaux régionaux, une information peut être ouverte lorsque le ministère public en fait la demande ou lorsque l'inculpé réclame une enquête judiciaire dans l'intérêt de la défense. Le tribunal peut aussi, ce qui lui est interdit en France, ordonner l'ouverture d'une information (art. 200). En Autriche, l'instruction préalable n'est obligatoire que s'il s'agit d'un crime dont la cour d'assises doit connaître (art. 91).

La plupart des Codes distinguent et s'efforcent de séparer l'enquête préalable, conduite par la police, d'avec l'instruction proprement dite, confiée à la justice. C'est un juge, membre du tribunal de première instance, qui, dans tous les pays du continent européen, a cette dernière fonction. Le juge d'instruction est investi des pouvoirs les plus étendus pour entendre les témoins, interroger l'inculpé, faire les constatations sur les lieux, ordonner des visites domiciliaires, des saisies, procéder à l'arrestation de l'inculpé et le mettre sous la main de justice.

Mais par quelles institutions appropriées limitera-t-on et contrôlera-t-on l'exercice des pouvoirs formidables qu'il est nécessaire de donner au juge d'instruction et au ministère public dans cette phase de la procédure?

On pourrait songer, d'abord, à la garantie de la publicité

Recht und Beweis im Geschwornengericht, p. 152. — Carrara, *Opuscoli*, t. 6, p. 440. — Casorati, *Il processo penale e le riforme*, 1881, VII; *Il giudizio di accusa e le riforme*, 1881, VII. — Cesarini, *Rivista penale*, 1879, p. 300. — Manducca e Vacca, *La procedura penale e la sue evoluzione scientifica*, 1888, p. 23. — Alimena, *Rivista penale*, t. 37, 1893, p. 125.

Digitized by Google

de l'instruction. Aucun des Codes du continent ne la consacre. Le Code autrichien ne parle que de la publicité des débats (art. 228). Le secret de l'instruction a été maintenu en Allemagne. Les Codes de Fribourg et du Valais déclarent, en termes catégoriques, que les actes de l'instruction ne seront point publics. A Genève, le projet de Code d'instruction criminelle, présenté en 1884, introduisait la publicité complète dans la procédure d'instruction. Mais cette proposition fut rejetée [68]. A Neuchâtel, le Code de 1893, laisse au juge d'instruction l'option entre la publicité et le huis-clos, s'en remettant à lui pour choisir, dans chaque cas, la méthode la plus favorable à la découverte de la vérité [69].

Le moyen le plus efficace, pour protéger l'inculpé contre les abus de l'instruction, consiste à lui accorder l'appui d'un défenseur, capable de l'éclairer sur ses droits, de le mettre en garde contre les pièges qui pourraient lui être tendus, de lui inspirer les résolutions à prendre et les mesures à solliciter. La loi française du 8 décembre 1897 a réalisé, à ce point de vue, une réforme depuis longtemps réclamée; elle l'a réalisée dans des conditions qui placent notre législation à l'avant-garde des législations progressives. Mais nous constaterons que, depuis 1873, en Autriche, l'inculpé est, pendant l'instruction même, autorisé à choisir un défenseur, « soit pour veiller à la conservation de ses droits à chaque acte de la procédure qui intéresse directement l'établissement du fait et qui ne peut être renouvelé plus tard, soit pour suivre son recours déjà formé par lui » (art. 45). Celui-ci ne peut pas, il est vrai, assister à l'interrogatoire de l'inculpé, ni à l'audition des témoins, mais la loi lui donne, d'une façon expresse, le droit de prendre communication des pièces (art. 45).

Le Code allemand autorise l'inculpé à se faire assister d'un

[68] Renseignements intéressants sur ce point donnés par A. Gautier, *La réforme de l'instruction préalable, Rev. pénale suisse*, 1904, p. 239.

[69] Il paraît, du reste, que, depuis la mise en vigueur du nouveau Code (1er mars 1894), l'enquête publique, prévue à titre facultatif par l'article 286, n'a pas *une seule fois* été ordonnée (A. Gautier, *La réforme de l'instruction préalable, Revue pénale suisse*, 1904, p. 239).

Digitized by Google

défenseur dès le début de l'information (art. 137) ; il permet même au juge d'en désigner un d'office, lorsque l'inculpé a négligé d'en choisir un lui-même (art. 142). Toutefois, ce défenseur n'a qu'un rôle assez effacé. Il ne peut assister ni à l'interrogatoire de l'inculpé (art. 190), ni à l'audition des témoins (art. 191). Les droits du défenseur se résument dans la faculté d'assister, seul ou avec l'inculpé, à quelques actes extérieurs de la procédure. Le dossier complet ne peut lui être confié que si le juge estime que cette communication est sans inconvénient au point de vue du but qu'il se propose d'atteindre (art. 147). En Suisse, les Codes se divisent. Ceux de Fribourg et du Valais refusent un défenseur au prévenu tant que dure l'instruction. Les Codes de Vaud, de Neuchâtel, de Genève organisent, d'une façon plus ou moins complète, la défense dans l'instruction.

En Russie, l'instruction préalable reproduit, dans ses grandes lignes, la procédure française, telle qu'elle existait avant la loi du 9 décembre 1897. Le juge d'instruction est obligé d'informer, soit qu'il ait été avisé par la police, soit qu'il ait été saisi par une plainte de la victime ou par une réquisition du ministère public. La procédure de cette instruction est secrète. La défense n'est ni représentée, ni admise. Le projet de réforme du statut d'instruction criminelle russe de 1864 se rattache, au point de vue de la contradiction, au système du Code autrichien de 1873 et non à celui de la loi française de 1897.

Un dernier contrepoids aux pouvoirs exorbitants du juge d'instruction consiste dans l'organisation de juridictions d'instruction, distinctes et indépendantes du juge, et chargées, soit de contrôler les actes de l'instruction, soit d'en apprécier les résultats. Trois systèmes principaux sont en présence et trouvent leur expression dans les législations actuelles. Indépendance et autonomie du juge d'instruction, soit au cours de l'instruction, soit à sa clôture : c'est le système d'examen de l'information par le juge même qui l'a dirigée. Indépendance du juge au cours de l'instruction, mais examen de l'information par une juridiction spéciale. C'est le système

Digitized by Google

suivi dans tous les Codes suisses des cantons romands. Contrôle du juge au cours de l'instruction et solution de la procédure par une juridiction indépendante. C'est le système des Codes allemand et autrichien.

Mais cette dernière législation, sous l'influence scientifique de Glaser, contient, à ce point de vue, une formule qui paraît heureusement concilier les différents intérêts qui se heurtent dans l'instruction. Elle écarte la procédure, obligatoire chez presque tous les peuples du continent, des mises en accusation par un collège judiciaire. Cette fonction est attribuée, en principe, au ministère public : le contrôle de la mise en accusation par une chambre de la cour d'appel n'a lieu qu'en cas d'opposition de l'accusé contre l'acte d'accusation du ministère public. Par suite de cette nouvelle organisation, les défauts souvent signalés du type français disparaissent. La cour est réintégrée dans son rôle judiciaire naturel qui consiste à arbitrer un débat entre l'accusateur et l'accusé. Ce nouveau système a été admis par le Code de procédure hongrois de 1896 et par le Code du Tessin de 1895.

La procédure anglaise est toute différente de la procédure du continent. Là, point de juge d'instruction, point de secret. La police devant les tribunaux n'est que partie plaignante; elle est mise sur le même pied que les particuliers. Tout individu arrêté doit être conduit devant le magistrat qui, arbitre impartial entre l'accusation et la défense, ne recherche rien par lui-même et ne se met pas en enquête. Pour comprendre la marche du procès, il faut distinguer les causes sommaires des causes indictables. Les premières sont déférées directement, sans autre instruction que celle qui est faite par le plaignant, aux cours de petites sessions ou, dans certaines villes, aux cours de police, et jugées, séance tenante, sans instruction préalable. Les secondes, les causes indictables, ainsi appelées parce qu'elles ne doivent être jugées qu'après information (*indictement*), sont également portées devant les cours de petites sessions ou les cours de police, qui jouent le rôle de juridiction d'instruction. Ces cours entendent les témoins, interrogent l'accusé, recueillent les rensei-

Digitized by Google

gnements. Et tout cela se fait, publiquement, contradictoirement. Les procès-verbaux de la procédure sont rédigés par les greffiers, ils sont signés par les témoins et envoyés, avec l'acte d'accusation, à la cour d'assises[70].

Actuellement, il n'y a pas de juge d'instruction en Écosse. Le mécanisme des poursuites criminelles se compose du ministère public et des cours criminelles. Il existe, dans les comtés écossais, plusieurs fonctionnaires connus sous le nom de « procureurs fiscaux » et qui sont, en réalité, des procureurs du roi. Les membres du ministère public auprès des différentes cours sont presque invariablement des avoués; quelques-uns sont avocats. A la différence du chef du ministère public, le « Lord avocate », et de son personnel, qui doivent résigner leurs fonctions après tout changement politique, les procureurs du roi sont inamovibles et conservent leur office *ad vitam aut culpam*. C'est au ministère public qu'il appartient de rassembler les preuves et il est de pratique constante que cette instruction se fait tant à charge qu'à décharge. Le « Lord avocate » décide, sur le dossier qui lui est transmis par les officiers du ministère public, s'il y a lieu à poursuite et détermine, en même temps, d'après le maximum de la peine qu'il estime pouvoir être infligée, si l'affaire doit être portée devant la Cour suprême, devant le sheriff ou un jury, ou si elle doit être jugée sommairement. Il n'y a pas d'appel possible contre la décision du « Lord avocate » dans une affaire quelconque, soit pour ou contre la poursuite. Le seul recours admis est un recours politique devant le Parlement.

III. La physionomie de la procédure de jugement, dans les divers pays de l'Europe, s'accuse plutôt par des traits communs que par des différences essentielles. L'évolution s'est

[70] Sur tous ces points, Glasson, *op. cit.*, t. 6, p. 754; Mittermaier, *op. cit.*, p. 91 à 109; Guérin, *Étude sur la procédure criminelle en Angleterre et en Écosse*, 1890. On lira les intéressants renseignements, fournis sur la procédure anglaise d'instruction, par sir Howard Vincent (ancien directeur des affaires criminelles à Londres et auteur du *Code de police*, aujourd'hui à la 12e édition), au Congrès de l'Union internationale de Saint-Pétersbourg (*Bull. de l'Un.*, 1903, p. 176 à 182, p. 204).

Digitized by Google

faite partout dans les directions suivantes: 1° Séparation, en plusieurs groupes, des tribunaux et des procédures, correspondant aux divers groupes d'infractions: mais égalité de tous les prévenus devant la loi et la procédure pénales; 2° Introduction et extension du jury appelé à siéger à côté ou avec les magistrats de profession. Le jury existe dans presque tous les pays de l'Europe et de l'Amérique. On peut citer, comme faisant exception, les Pays-Bas, dans lesquels les crimes mêmes sont jugés par des cours provinciales composées de magistrats qui n'ont pas siégé dans la mise en accusation, et les pays scandinaves, réfractaires à l'institution du jury[71]. 3° Publicité, contradiction, oralité des débats. En tous pays, en Allemagne, en Angleterre, en Autriche, en Belgique, en Portugal, etc., les débats sont publics, à peine de nullité. De même, c'est une règle universellement admise que les témoins déposent oralement. Enfin, le débat est contradictoire; l'accusateur et l'accusé devant être placés dans des conditions d'égalité, l'assistance d'un défenseur est universellement organisée.

IV. Dans les affaires de peu d'importance, et notamment en cas de délits légers ou de contraventions, la tendance générale est de simplifier la procédure pour rendre la répression plus rapide et moins coûteuse[72]. Les différents modes de simplification, adoptés par les législations actuelles, se ramènent aux trois systèmes suivants : 1° la procédure sommaire par voie de comparution immédiate; 2° l'extinction de l'action publique moyennant le paiement volontaire de l'amende qui menace le délinquant; 3° les ordonnances pénales sans procédure judiciaire.

Le premier système se réalise par une procédure qui ne se

[71] En Danemark, en dehors de Copenhague, c'est seulement lorsqu'il s'agit de prononcer la peine de mort que le juge doit se faire assister de quatre jurés ayant voix délibérative. Beauchet, *Bull. de la Soc. de législ. comp.*, t. 13, p. 133. En Norvège, le Code de procédure pénale du 1er juillet 1887 a introduit, pour la première fois, le jury. En Suède, le jury n'existe que pour les affaires de presse.

[72] Voy. sur ce point : Tcheglowitow, *La procédure en matière de contraventions* (*Bull. de l'Un. inter. de droit pénal*, t. 10, 1902, p. 352 à 365).

Digitized by Google

distingue de la procédure ordinaire que par sa rapidité : le prévenu comparaît sans citation, sur simple avertissement, ou même par traduction immédiate à la barre du tribunal. Le droit français connaît et pratique deux institutions qui ont ce caractère et ce but de simplification : la procédure des flagrants délits, et la comparution devant le tribunal de police sur simple avertissement.

Les deux autres procédés dispensent de toute poursuite devant les tribunaux, sauf opposition du prévenu, s'il n'accepte pas la décision.

Le paiement volontaire de l'amende n'existe dans le droit français, qu'en matière de délits fiscaux, contributions indirectes, douanes, etc. L'amende légale peut même être diminuée, par l'Administration intéressée, qui a le droit de transiger avant jugement. Le Code pénal des Pays-Bas contient une disposition, l'article 74, consacrant l'extinction de l'action publique moyennant le paiement par l'inculpé du maximum de l'amende qu'il aurait encourue pour le fait incriminé. Toute procédure judiciaire devient, en effet, inutile dans ce cas, puisque le coupable se soumet à la pleine rigueur de la répression. Mais ce système ne serait pratique que s'il était permis au ministère public ou au juge de transiger, avant tout jugement, en faisant payer, à l'inculpé qui avoue sa faute, une somme arbitrée suivant les circonstances.

C'est à ce concept que se rattache une institution qui n'a pas son analogue dans la législation française, celle des *ordonnances pénales* (*Mandatsverfahren*), par lesquelles le juge condamne l'inculpé sans l'entendre et sans procédure antérieure. Cette méthode sommaire a été empruntée, par le Code autrichien de 1873, aux anciens Codes de plusieurs États allemands. Aux termes du § 460 du Code de 1873, le juge, à qui l'on a dénoncé un inculpé se trouvant en liberté, à raison d'une contravention punie de l'emprisonnement pendant un mois au plus, ou d'une amende simple, peut, s'il trouve qu'il n'y a lieu qu'à un emprisonnement de trois jours au plus ou à une amende de quinze florins au maximum, prononcer, dans une ordonnance pénale (*Strafverfügung*), la peine

Digitized by Google

encourue, sur la demande du ministère public, sans procédure antérieure. Un droit d'opposition contre l'ordonnance du juge est réservé au condamné, s'il préfère qu'on observe, à son égard, les formes et les garanties de la procédure ordinaire. Ce système a été généralisé, en Allemagne, par le Code de l'Empire de 1877, dont le § 447 est ainsi conçu : « Dans « les affaires qui sont de la compétence des tribunaux d'éche- « vins, le juge de bailliage peut, sans débats préalables, et « lorsque le ministère public le requiert par écrit, prononcer « une condamnation par une ordonnance pénale écrite. On « ne peut, par ordonnance pénale, prononcer d'autre peine « que l'amende de cent cinquante marks au maximum, la pri- « vation de liberté pour six semaines au plus et la confiscation, « s'il y a lieu ». Le droit d'opposition à l'ordonnance pénale, est organisé par les §§ 449 à 452.

Le système des ordonnances pénales fonctionne, dans plusieurs cantons de la Suisse, entre autres, dans ceux de Soleure (C. de proc. pén. de 1866, art. 388), de Glaris (C. de proc. pén. de 1899, art. 171 à 186). Il a été adopté par le Code hongrois de 1896 (art. 532 à 535) et par le Code norvégien de 1887 (art. 287 à 290). En Norvège, les ordonnances pénales sont rendues par le ministère public. Il est question d'introduire le régime des ordonnances pénales en Italie, en Russie, en Danemark.

Ce procédé, dont le principal avantage est de permettre à l'inculpé d'éviter les débats publics, rend de grands services dans les pays qui le pratiquent. A la condition de réserver au condamné la faculté de recourir à la procédure ordinaire, ce système ne paraît pas être en désaccord avec les principes fondamentaux de la procédure criminelle.

§ X. — LA LITTÉRATURE SCIENTIFIQUE DE LA PROCÉDURE PÉNALE.

66. On dégage deux périodes dans l'histoire littéraire de la science de la procédure pénale, dont la séparation est marquée par le Code d'instruction criminelle de 1808. — 67. Les écrivains de la première période : glossateurs, praticiens, précurseurs. — 68. Les écrivains de la seconde période. Italie. France. Allemagne.

66. On peut dégager facilement deux grandes périodes

Digitized by Google

dans l'histoire de la littérature scientifique de la procédure pénale. La première a pour point d'arrivée et la seconde, pour point de départ, le Code d'instruction criminelle français de 1808, dont l'apparition en France et le rayonnement en Europe marquent une date décisive. A vrai dire, le droit criminel n'a été scientifiquement étudié, qu'à partir du XVIII^e^ siècle. Jusque-là, le droit social de punir paraissait si évident qu'on ne songeait pas à en rechercher la cause et à le soumettre, dans son exercice, à une réglementation rationnelle. Les sources mises en œuvre, pour le droit pénal comme pour la procédure criminelle antérieures à la révolution, ont été la coutume, le droit romain, le droit canonique et les ordonnances royales. Toutes ces sources sont venues se fondre et se condenser dans la doctrine des criminalistes, et leur ensemble, qui a formé le droit criminel scientifique, a permis et préparé l'œuvre de la codification.

67. Les écrivains de la première période peuvent être chronologiquement classés en trois catégories: les *glossateurs*, les *praticiens* et les *précurseurs*.

I. Les premiers glossateurs qui considéraient le droit criminel comme une branche du droit civil, se contentèrent d'appliquer, aux parties des recueils de Justinien relatives aux matières criminelles, les livres 47 et 48 des Pandectes, et le livre 9 du Code, les procédés d'interprétation qui leur ont valu le nom de glossateurs. Après un bref commentaire du texte, plus ou moins exactement compris, ils en rapprochent les édits des souverains, les coutumes locales et les règles de pratique judiciaire. Ces études fragmentaires dégagent quelques solutions dont on fait remonter l'honneur à la législation romaine. A cet égard, d'heureuses erreurs furent commises et le progrès de la civilisation juridique en bénéficia.

Il suffit de citer, parmi les glossateurs, Placentinus[1], Azo[2],

§ X. [1] Placentinus vint d'Italie professer à Montpellier, où il mourut en 1192.

[2] Azo, mort au plus tôt vers 1230, enseigna à Bologne, puis à Montpellier.

Digitized by Google

Rofredus[3] et Accursius[4]. Rofredus est peut-être celui des romanistes dont l'influence fut la plus décisive sur l'évolution de la procédure criminelle. Dans ses *Libelli de jure pontifico*, il démontre que le mode de procéder inquisitorial dérivait du droit romain et que Innocent III n'avait fait qu'en régler la forme. Ces affirmations doctrinales contribuèrent, dans un temps où le droit romain retrouvé excitait une sorte d'enthousiasme, à faire adopter, par les juridictions laïques, la procédure inquisitoriale. Parmi les canonistes du XIII^e^ siècle qui s'occupèrent du droit criminel, il suffit de citer Tancredus[5], et Guillaume Durant[6] dont le *Speculum juris*, écrit vers 1271, eut une grande autorité dans les tribunaux ecclésiastiques et laïques. C'est de cet ouvrage, son principal titre à la réputation prodigieuse dont il jouit à cette époque, que Guillaume Durant tire son surnom de *Speculator*.

II. Dans la dernière moitié du XIII^e^ siècle, les études pénales commencent à prendre une importance propre et le droit criminel devient un rameau distinct qui se détache du droit civil; alors surgit une génération de juristes qui recueillent, sous les noms de *Praxis, Practica, Libellus, Summa*, les coutumes judiciaires et écrivent des manuels de pratique, dans lesquels le droit pénal et la procédure sont rarement séparés. Le plus ancien recueil, exclusivement consacré à cette branche de la pratique judiciaire, est le *Libellus de maleficiis* d'Albert de Gandino[7].

C'est en Italie, qui est restée la terre classique du droit criminel, que naît et se développe cette littérature spéciale.

[3] Rofredus est mort en 1242.

[4] Accurse, professeur à Bologne, mort dans cette ville en 1260, est l'auteur de la *Glossa ordinaria* de tout le droit de Justinien.

[5] Tancrède, de Bologne, a composé, au commencement du XIII^e^, divers ouvrages. Le principal est un ouvrage de procédure canonique qui fut traduit, dès le XIII^e^ siècle, en français et en allemand, l'*Ordo judiciarius*.

[6] Mort à Rome en 1296.

[7] Ce traité, imprimé pour la première fois à Venise, en 1491, a été joint ensuite au *Tractatus maleficiorum* d'Aretinus. Il paraît avoir été écrit vers 1262.

Digitized by Google

Bientôt, son influence rayonne sur l'Espagne, la France, l'Allemagne, les Pays-Bas. Jusqu'à la dernière moitié du XVI^e^ siècle, les manuels d'Albert de Gandino, de Jacques de Belvisio[8], d'Angelus Aretinus[9], d'Hippolyte de Marsilliis[10], firent autorité devant les tribunaux de tous ces pays.

Philippe de Beaumanoir[11], dont Loysel a dit: « C'est lui qui a rompu la glace et ouvert le chemin », représente, au XIII^e^ siècle, la science laïque. Le premier de tous les juristes, il tente un exposé de l'ensemble du droit féodal et coutumier. Beaumanoir donne peu d'explications sur la procédure criminelle, parce que, à l'époque où il écrivait, cette procédure ne différait pas essentiellement de la procédure civile. Les mêmes tribunaux et les mêmes juges prononçaient sur tous les litiges, et comme le droit pénal n'était pas arrêté, ils avaient un pouvoir presque arbitraire, non seulement pour varier la peine, mais encore pour adapter les formes de la procédure aux circonstances. Les seules coutumes, réglées avec quelque certitude, étaient les deux procédures en présence, le combat judiciaire et l'enquête, l'une qui représentait les anciennes mœurs et qui était à son déclin, l'autre qui exprimait, au contraire, les idées et les mœurs nouvelles. Dans cette époque de transition, l'ouvrage de Beaumanoir est précieux pour nous faire connaître les institutions du temps.

Les ouvrages des criminalistes de la fin du XVI^e^ siècle se ressentent de l'influence bienfaisante de la Renaissance. L'art d'exposer les idées et de les coordonner les unes avec les autres dans un ordre naturel était presque inconnu jusque-là.

[8] Ce jurisconsulte, né en 1270, mort en 1355, est l'auteur d'une *Pratica judiciaria in materiis criminalibus*, imprimée à Lyon en 1515.

[9] Auteur du *De maleficiis tractatus*, imprimé à Lyon en 1551. On ne sait exactement ni la date de sa naissance ni celle de sa mort. Il vécut dans la première moitié du XV^e^ siècle.

[10] Auteur de la *Practica causarum criminalium*. Né en 1450, mort en 1529.

[11] *Les Coutumes du Beauvaisis*, par Philippe de Beaumanoir, jurisconsulte français du XIII^e^ siècle (Nouv. éd. publiée par le Comte Beugnot), 2 vol. in-8°, Paris, Renouard, 1842. La préface de Beugnot (CXXXI pages) est encore intéressante.

Digitized by Google

Les auteurs présentaient leurs pensées comme elles s'offraient à leur esprit, sans méthode et sans lien logique. A partir de la fin du XVI^e^ siècle, ce ne sont plus de simples recueils d'usage, des manuels de pratique judiciaire qui verront le jour, mais des traités scientifiques, c'est-à-dire des essais de systématisation des sources. Parmi les jurisconsultes italiens, qui ont été les véritables fondateurs du droit criminel scientifique, il faut citer surtout deux noms : celui de Julius Clarus[12], qui fut le criminaliste le plus distingué de son siècle ; et celui de Farinaccius[13], dont la réputation scientifique a été peut-être exagérée, mais dont l'influence sur la direction de la procédure ne fut que trop réelle et trop décisive.

Le premier traité de droit criminel publié hors de l'Italie, eut pour auteur un praticien belge, Josse Damhouder. Sa *Praxis rerum criminalium*[14], dont la partie la plus importante est consacrée à la procédure, servit de guide, pendant longtemps, à la jurisprudence des tribunaux, dans les Pays-Bas et en Allemagne.

Mais, au XVII^e^ siècle, l'autorité d'un Allemand, Benoit Carpzov, remplace et fait oublier, dans les pays de langue germanique, l'autorité de Damhouder, de Farinaccius et même de Julius Clarus. Sa *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium in partes tres divisa*, publiée, pour la première fois, à Wurtemberg en 1635, sert de guide à la jurisprudence et à la législation allemandes pendant plus d'un siècle.

Les traités, publiés, depuis lors, sur le droit criminel, au cours du XVIII^e^ siècle, ont été en progrès constant comme exposé

[12] Né en 1525, à Alexandrie (Italie), mort en 1575. On lui doit les *Sententiarum receptarum*, Libri V, dont le 5^e^ livre, le plus important et le plus étendu, est consacré au droit criminel. Cette œuvre a été souvent réimprimée.

[13] Les *Opera omnia* de ce jurisconsulte ont été souvent réimprimées. Il naquit en 1554 et mourut en 1613. Farinaccius est un esprit lourd, compact. Les sept volumes in-folio en latin qui composent ses œuvres sont assez difficiles à lire.

[14] Cet ouvrage a été imprimé pour la première fois à Bruges en 1551. Mais cette édition n'a pas laissé de trace. Damhouder l'avait traduit lui-même en français sous ce titre : *Pratiques judiciaires ès causes criminelles* (Anvers, 1574, in-12).

Digitized by Google

méthodique de la procédure ; mais leurs auteurs n'ont cessé de les composer en vue de la pratique judiciaire. Ils se sont bornés à expliquer les lois, les coutumes et les usages qui règlent la peine et les formes de procédure, à synthétiser le droit dérivant de ces sources, sans qu'ils aient songé à examiner, à la lumière de la raison, les problèmes que soulevaient les institutions en vigueur et à critiquer les abus de la procédure inquisitoriale.

Les criminalistes qui ont eu le plus de vogue au XVIII^e^ siècle et dont les œuvres peuvent encore être consultées avec fruit, sont : Jousse[15] et Muyart de Vouglans[16], en France ; Renazzi et Cremani, en Italie ; Samuel Frédéric Boehmer, en Allemagne. Les uns et les autres, magistrats ou professeurs, furent des hommes tranquilles, au milieu d'un siècle agité : uniquement préoccupés de la législation du temps, ils ignorèrent le grand mouvement d'idées qui se produisait autour d'eux ; ils n'eurent aucun pressentiment de la révolution qui se préparait[17]. Mais leurs œuvres étaient nécessaires : elles furent la systématisation du droit en vigueur, et préparèrent la codification qui eût été presque impossible, sans ce travail préliminaire.

III. La procédure criminelle inquisitoriale avait été déjà critiquée au XVI^e^ et au XVII^e^ siècles. Des précurseurs en avaient

[15] Jousse, collaborateur et ami de Pothier, son collègue au présidial d'Orléans, auteur du *Traité de la justice criminelle de France*, 4 vol. in-4°, 1771. Cet ouvrage n'est pas très original, mais il est très complet, très méthodique et très clair. On lira la préface qui donne bien l'idée de la mentalité d'un criminaliste praticien à la veille de la révolution.

[16] Muyart de Vouglans, conseiller au Grand Conseil à Paris. Il fit partie du Parlement Maupeou. Ses deux principaux ouvrages sont : *Lois criminelles de la France dans leur ordre naturel* et les *Institutes au droit criminel*. Le droit en vigueur lui paraît le dernier mot de la raison humaine. Muyart de Vouglans mourut sur l'échafaud.

[17] Je ne parle pas de Pothier qui a publié, parmi ses petits traités, dans lesquels, avec son admirable clarté, il a simplifié et vulgarisé le droit français, un *Traité de la procédure criminelle* (réimprimé dans les Œuvres de Pothier par Bugnet, au tome X, p. 387 à 511). Pothier n'a pas critiqué la procédure criminelle de son temps. On sait cependant que lorsqu'il siégeait au présidial d'Orléans, dans des affaires criminelles, on évitait de lui distribuer des procédures dans lesquelles la question dût être posée.

Digitized by Google

proposé l'abolition. Il faut citer d'abord Pierre Ayrault[18] qui attaque, avec une savoureuse énergie, le secret de la procédure[19], qui dit avoir lu l'énonciation de la publicité dans les procès criminels faits plus de six vingt ans auparavant, c'est-à-dire vers 1492, par son bisaïeul maternel, Jean Belin, lieutenant général d'Anjou, et qui invoque, en témoignage de la publicité dont on usait en France, les vestiges laissés « aux portes des églises, des châteaux, halles et places publiques, où les sièges des juges y restent encore ». C'est Augustin Nicolas[20], c'est le jésuite Théodore Spée[21], au XVII^e^ siècle, qui s'élèvent très courageusement et très publiquement contre la torture.

Mais, dans la dernière moitié du XVIII^e^ siècle, les réformateurs soumettent l'antique procédure à l'observation critique et tentent de dégager un idéal de liberté et de formuler un minimum de revendication.

La France et l'Italie tiennent la tête du mouvement. Pour la France, c'est Voltaire, Servan et Brissot de Warvile; pour l'Italie, Filangieri, Risi, et, leur chef à tous, César Beccaria. Dans ce « pamphlet chaleureux[22] », le *Traité des délits et des peines*, et dans cette année 1764, qui est une date à retenir pour l'histoire du droit pénal, Beccaria s'attaque à cette monstruosité, la torture, il demande l'abolition du secret

[18] Né en 1536; décédé le 21 juillet 1601.

[19] Dans *L'Ordre, formalité et instruction judiciaire, dont les Grecs et les Romains ont usé ès accusations publiques.* La meilleure édition est celle de Lyon, chez Jean Caffin, 1642.

[20] Augustin Nicolas a publié une brochure intitulée : « *Si la torture est un moyen sûr à vérifier les crimes secrets* ». Il était président au Parlement de Dijon. Voy. Esmein, *Hist. de la procédure criminelle*, p. 350.

[21] Spée a publié un important ouvrage : *Cautio criminalis contra sagas liber*, Rhurtel, 1631; Cologne, 1632. Cfr. A. du Boys, *Hist. du droit criminel de France, depuis le XVI^e^ siècle jusqu'au XIX^e^*, t. 2, 1874, p. 147 et suiv.

[22] Lerminier écrit très exactement dans son *Introduction à l'histoire générale du droit* : « Beccaria fit, dans le *Traité des délits et des peines* (Naples, 1764), non un livre scientifique, mais un pamphet chaleureux qui satisfit la juste effervescence de l'opinion : ce fut comme une pétition dont se servit l'Europe pour la présenter aux souverains ».

Digitized by Google

dans l'instruction, il propose que l'inculpé ait un défenseur. Ce programme était si hardi qu'il vaut à son publicateur des persécutions en Italie.

68. Déjà, les derniers criminalistes du XVIII[e] siècle, par la tendance systématique de leurs œuvres, pourraient trouver place parmi les auteurs de la seconde période littéraire. Mais c'est à vrai dire seulement depuis la publication en France et le rayonnement en Europe du Code d'instruction criminelle de 1808 que commence un nouveau mode de comprendre et d'exposer les disciplines criminelles en correspondance avec la nouvelle méthode législative de codification.

En France, le premier commentateur du Code d'instruction criminelle fut Carnot, conseiller à la Cour de cassation. Son traité : *De l'instruction criminelle*, paru en 1812[23], contient une interprétation indépendante, tirée de la seule raison, du Code nouveau. Après lui, un magistrat, J.-M. Le Graverend publie un *Traité de la législation criminelle en France*[24] qui n'est plus un simple commentaire de textes, c'est un essai systématique et constructif de la procédure criminelle d'après la nouvelle législation.

Mais l'ouvrage capital qui, dans cet ordre de disciplines, reste encore aujourd'hui un modèle dont la valeur n'a été nulle part dépassée, c'est le *Traité de l'Instruction criminelle* de Faustin Hélie. Le premier volume de cet ouvrage fut publié en 1845, le neuvième ne fut achevé qu'en 1860. La seconde édition, en huit volumes, a paru en 1866. Aucun ouvrage, n'a eu, au cours du XIX[e] siècle, une influence comparable à celui-là sur la jurisprudence pratique des tribunaux et sur la direction scientifique de la procédure. Son autorité a dépassé nos frontières ; et partout où a pénétré le type de procédure que le Code d'instruction criminelle de 1808 avait systématisé, l'œuvre de Faustin Hélie a été acceptée comme son meilleur commentaire. L'intérêt de la défense, les garanties de la liberté

[23] Chez Nêve, libraire de la Cour de cassation, 2 vol. petit in-4°.

[24] Cet ouvrage a eu trois éditions. La dernière parue en 1830 (2 vol. in-4°) a été revue et corrigée par Duvergier.

Digitized by Google

individuelle n'ont pas eu d'interprète plus autorisé et plus passionné que Faustin Hélie. Dans une notice biographique, écrite pour la sixième édition de la *Théorie du Code pénal*, M. Faustin-Adolphe Hélie, constate que son père « n'aimait aucune autorité ». Il pensait « que la démocratie doit se développer au milieu de toutes les libertés sans le contrepoids de l'autorité ». Cette tendance d'esprit se reconnaît au fond des principales doctrines de Faustin Hélie et elles donnent, à son traité, un caractère libéral et individualiste qui n'a pas été sans influence sur les meilleures directions de la procédure pénale française.

Dans la première moitié du XIX^e^ siècle, l'Italie est surtout représentée, par deux criminalistes, Carmignani et Nicolini, le premier, plus philosophe, avec son ouvrage, où le droit et la procédure voisinent, *Teorica delle leggi della sicurezza sociale* [25], l'autre, plus historien et plus praticien, avec sa *Procedura penale nel regno delle due Sicilie*.

Moins célèbres, mais non sans mérites, Contoli, avec ses *Considerazioni sul processo e guidizio criminale*, Ademollo, avec *Il guidizio criminale in Toscana*, Armellini, avec son *Corso di procedura penale*. Puis, la science italienne subit une éclipse, et ne présente plus, durant des années, que quelques traités sous forme de commentaires exégétiques, quelques études et quelques travaux critiques de réforme législative. La formation de l'unité italienne vient donner un nouvel essor à l'esprit scientifique. François Carrara, avec son *Programma del corso di diritto penale* (Sect. III, *Del guidizio criminale*) [26], Tolomei, avec son traité de *Diritto e procedura penale*, Pietro Nocito, avec les *Prolegomeni alla filosofia del diritto guidiziario penale e civile*, Canonico, avec le *Del guidizio penale*, Enrico Pessina, avec le *Sommario di lezioni sul procedimento penale italiano*, Zuppetta, avec le *Sommario delle lezioni di ordinamento guidiziario*

[25] Pise, 1831, 4 vol. in-8°. Carmignani, né en 1768, est mort en 1847. Il fut professeur de droit criminel à l'Université de Pise.

[26] Carrara fut le successeur de Carmignani à l'Université de Pise.

Digitized by Google

penale e di codice di procedura penale, Pescatore, avec sa *Spozizione compendiosa di procedura civile e criminale*, etc., apportent à la littérature italienne des contributions intéressantes. Ces criminalistes appartiennent, à l'école qui voit, dans la procédure, la meilleure garantie de la liberté et qui ne trouve pas que les intérêts de la défense sociale aient à souffrir de la sauvegarde des droits de l'individu. Le Code de procédure pénale de 1865 a donné naissance à une foule de traités, sous forme de commentaires, parmi lesquels les plus complets et les plus réputés sont ceux de Saluto et de Borsani e Casorati. Nous citerons enfin, comme une tentative intéressante d'adaptation de la procédure criminelle aux nouvelles théories, les *Principii fondamentali di diritto guidiziario penale*[27], de Puglia.

La culture allemande, dans le champ de la procédure, s'était exercée sur la Caroline qui régit une grande partie de l'Europe jusqu'au commencement du XIX^e^ siècle. Mais les auteurs allemands fouillèrent bien plus profondément encore les lois et les Codes particuliers qui furent promulgués, dans les pays de race germanique, après cette époque. Nous citerons, parmi les criminalistes dont les œuvres ont marqué, au commencement du XIX^e^ siècle, Stubel [28], Henke, Abegg [29], Fuerbach, Bauer [30], et, plus tard, Biener, Köstlin. Möhl, Planck, Zachariae, Jagemann, Mittermaier, Frühwald.

Quand les deux grands États de race germanique, l'Autriche, en 1873, l'Allemagne, en 1877, codifièrent et unifièrent leur procédure pénale, cet événement important de leur vie juridique fut le point de départ d'une période de vie scientifique intense.

En Autriche, il faut citer, parmi les œuvres marquantes, celles d'Ullmann, Mayer, Bar, Mitterbacher, Rulf, Riel, Vargha, Glaser, etc.

[27] Milan, 1899.

[28] *Das criminalverfahren in dem dtschn. Gerichten bes. im Kgr. Sachsen* (Leipzig, 1811).

[29] *Lehrbuch des gem. Criminal-Prozesses* (Königsberg, 1833).

[30] *Anleitung z. Criminalpraxis* (Gott., 1837).

Digitized by Google

Ce dernier criminaliste, qui a été l'inspirateur du Code autrichien de 1873, fut chargé, par une élite de jurisconsultes allemands, à la tête desquels était le criminaliste Binding, de collaborer, avec Dochow, Schwarze, Geyer, Meyer, à la première édition de l'Encyclopédie d'Holtzendorff et de commenter, dans cet ouvrage, le Code de procédure pénale allemand de 1877.

D'autres noms doivent être ajoutés à cette liste. Les commentaires et manuels de Lowe, de John, de Dochow, de Geyer et de Bennecke sont devenus classiques en Allemagne.

Digitized by Google

PROCÉDURE PÉNALE

Digitized by Google

Digitized by Google

PREMIÈRE PARTIE

DES ACTIONS PUBLIQUE ET CIVILE.

Bibliographie générale. — Delpon, *Essai sur l'histoire de l'action publique et du ministère public*, 2 vol. in-8°, 1830. — Dutruc, *Mémorial du ministère public*, 2 vol. in-8°, 1871. — Ferlet, *Étude sur l'action civile résultant d'un fait punissable*, in-8°, 1866. — Hersch, *Des fonctions de l'officier du ministère public près les tribunaux de simple police*, in-8°, 1851. — G. Leloir, *Code des Parquets*, 2 vol. in-18, 1889. — Le Poittevin, *Dictionnaire formulaire des Parquets*, 3 vol., 3e édit., 1901. — Mangin, *Traité de l'action publique et de l'action civile en matière criminelle*, 3e éd., revue par Sorel, 2 vol. in-8°, 1876. — Massabiau, *Manuel du ministère public*, 4e éd., 3 vol. in-8°, 1876. — De Molènes, *Traité pratique des fonctions du procureur du roi*, 2 vol. in-8°, 1843. — Le Sellyer, *Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publique et privée*, 2 vol. in-8°, 1874. — Ortolan et Ledeau, *Le ministère public en France*, 2 vol. in-8°, 1830. — Schenck, *Traité sur le ministère public*, 2 vol. in-8°, 1813. — L. Thézard, *Le ministère public*, in-8°, 1857. — Vallet et Montagnon, *Manuel des magistrats du Parquet*, 2 vol. in-8°, 1891.

Digitized by Google

Digitized by Google

LIVRE PREMIER

DES ACTIONS PUBLIQUE ET CIVILE.

§ XI. — DE L'INTERDÉPENDANCE DES ACTIONS PUBLIQUE ET CIVILE.

69. Des actions publique et civile. Leurs rapports. Quatre conceptions. — **70.** Confusion entre les deux actions. — **71.** Séparation. — **72.** Interdépendance. — **73.** Indépendance. — **74.** Solidarité. — **75.** Réformes. — **76.** Étude parallèle des deux actions.

69. L'étude des *actions* doit précéder l'étude de l'*organisation judiciaire* et de la *procédure* proprement dite, car le pouvoir judiciaire n'agit, en principe, qu'après avoir été mis en mouvement par une action et la procédure trace précisément la marche à suivre pour exercer cette action et la faire aboutir.

L'infraction donne naissance, et au droit de la société de punir le délinquant, et au droit de la personne lésée d'obtenir la réparation du dommage que lui a causé le fait illicite. On appelle action *pénale* ou *publique* [1], le recours à l'autorité judiciaire exercé, au nom et dans l'intérêt de la société, pour arriver à la constatation du fait punissable, à la démonstration de la culpabilité de l'auteur et à l'application des peines établies par la loi. De toute infraction naît une action publique, qui est exercée, au nom de la société à laquelle elle appar-

§ XI. [1] *Pénale,* pour la distinguer de l'action *civile; publique,* pour marquer son caractère le plus saillant qui est d'être exercée dans l'intérêt de tous, de ne pas être une action *privée.* La dénomination technique, dans le droit français, est celle d'*action publique.* Mais, sous le bénéfice de cette observation, nous emploierons tantôt l'une, tantôt l'autre de ces deux dénominations, suivant, en cela, l'exemple de Haus, dans ses *Principes généraux du droit pénal belge* (t. II, livr. IV), alors que l'expression technique, dans la loi belge du 17 avril 1878, est également la dénomination d'*action publique* et d'*action civile.*

Digitized by Google

tient, par un corps de fonctionnaires, remplissant, suivant une expression consacrée et caractéristique, un *ministère public*. Mais lorsque, indépendamment du mal social qui en résulte, le fait délictueux a causé un dommage à une personne physique ou morale, celle-ci a le droit de poursuivre en justice la réparation de ce dommage : on appelle action *privée* ou *civile*, ce recours à l'autorité judiciaire, qui est exercé par la partie lésée et qui a pour objet de procurer la réparation du préjudice éprouvé [2].

L'analyse des deux rapports de droit qui résultent du délit et la distinction des deux actions qui y correspondent constituent des notions aussi simples que précises. Mais lorsqu'on examine les liens qui, à diverses époques et en divers pays, ont été établis entre l'action publique et l'action civile, on se trouve en présence de divers régimes, dont les principaux sont : 1° celui de la *confusion* des deux actions ; 2° celui de leur *séparation* absolue ; 3° celui de leur *interdépendance* ; 4° celui de leur *solidarité* [3].

70. Les législations primitives se caractérisent par la confusion entre les deux rapports de droit que nous distinguons aujourd'hui comme résultant du délit, et auxquels correspondent les deux actions publique et privée ; elles synthétisent la responsabilité pénale et la responsabilité civile. On voit d'abord, dans la période présociale, l'individu qui s'occupe à la fois de s'indemniser, de se venger et de se défendre. La

[2] L'article 1er du Code de procédure pénale italien s'exprime très nettement sur la notion des deux actions : « Tout délit donne lieu à une action pénale. Il peut aussi donner lieu à une action civile pour la réparation du dommage ».

[3] Sur la question générale : Nourrisson, *De la participation des particuliers à la poursuite des crimes et des délits* (Paris, 1894), mémoire récompensé par l'Académie des sciences morales et politiques ; Roux, *Le ministère public et la partie lésée* (Th. doct., Paris, 1893) ; H. Robert, *Du droit des particuliers dans l'exercice de l'action publique* (Th. doct., Paris, 1895) ; Gréau, *Étude sur la responsabilité civile en matière pénale* (Th. doct., Lille, 1878) ; Raoul de la Grasserie, *Des principes sociologiques de la criminologie* (Paris, 1901).

Digitized by Google

collectivité n'intervient pas. Puis, lorsque le recours à la justice remplace le recours à la force, c'est toujours la victime qui se fait rendre justice. Cette confusion de l'action publique et de l'action civile a deux conséquences principales. Le procès met toujours en présence, d'un côté la victime, et de l'autre le coupable, et sa marche est la même que la marche de tout autre procès. Au civil comme au pénal, c'est un particulier qui se plaint d'un tort personnel et en demande la réparation. Dans cette conception des législations primitives, l'intérêt public et l'intérêt privé doivent être satisfaits par la même action. Le droit de vengeance, qui est reconnu à la victime, sert de contrepoids à cette conception barbare du délit.

L'évolution juridique amène, peu à peu, la substitution de la vengeance publique à la vengeance privée et la distinction corrélative de l'action pénale qui en est l'expression, et de l'action en indemnité qui reste réservée à la victime.

71. Déjà, dans notre ancien droit, la séparation des deux rapports est théoriquement réalisée. C'est par allusion au temps passé, et non pour caractériser la situation à la fin du XVI[e] siècle, que Pierre Ayrault a pu dire : « La partie civile, « que nous appelons, c'est le vray demandeur et accusateur[4] ». Jean Imbert est davantage dans la vérité, en assignant simplement, à l'accusation de la partie lésée, l'objet d'une demande en réparation pécuniaire. Et le nom de « partie civile » qui est donné à la victime montre bien que celle-ci n'a droit qu'à une indemnité. Jousse, le principal commentateur de l'ordonnance de 1670, rappelle que, dans chaque crime, il faut distinguer deux intérêts différents, celui de la société et celui de la victime; puis il conclut en ces termes : « Ainsi, dans « notre usage, deux sortes de personnes concourent à la pu- « nition d'un crime : 1° la partie civile qui demande la répa- « ration de l'offense qui lui a été faite et des dommages-inté-

[4] *L'Ordre, formalité,* cité, liv. II, art. IV, n° 25, p. 212. Ayrault insiste trop sur ce point. On sent qu'il expose un état de fait et de droit en voie de disparition.

Digitized by Google

« rêts; 2° la partie publique qui poursuit la punition du « crime et la condamnation à la peine qu'il mérite[5] ».

Cependant, jusqu'à la fin du XVIII[e] siècle, l'ancienne distinction romaine entre les *délits publics* et les *délits privés* vient obscurcir la notion sociale de l'infraction. Les délits publics, frappés de peines afflictives, doivent nécessairement être l'objet d'une poursuite criminelle, exercée par la partie civile, et, en cas d'inaction de celle-ci, par le ministère public[6]. Les délits privés, moins sévèrement punis, ne peuvent être poursuivis que sur l'initiative de la partie lésée[7]. Si celle-ci garde le silence, si elle transige, si ayant formé son action, elle s'en désiste, l'affaire est terminée, le ministère public n'ayant pas qualité pour agir d'office.

Malgré cette confusion des rôles, l'ordonnance de 1670 distinguait réellement l'action civile de l'action publique. En effet, soit que le ministère public prît l'initiative des poursuites, soit qu'il se joignît à la partie privée, lui seul pouvait conclure à *l'application de la peine*. Sans doute, dans le second cas, la partie civile figurait dans les actes de la procédure; mais elle provoquait l'accusation plutôt qu'elle ne la dirigeait; elle ne représentait pas l'intérêt public et n'avait d'autre rôle que celui de demander une réparation pécuniaire. On peut affirmer que l'histoire de notre ancien droit, à cet égard, se résume dans l'affaiblissement continuel des droits de la victime et dans le développement et l'affranchissement graduel de ceux du ministère public.

La distinction s'obscurcit dans la loi des 16 et 29 septembre 1791 : les parties privées gagnent tout ce que perd le ministère public, et l'action des particuliers apparaît comme une sorte d'accusation subsidiaire. C'est qu'en effet, on cherche, dans une imitation exotique, celle des coutumes anglaises, une

[5] Jousse, *op. cit.*, t. 1, p. 561 et 562.

[6] Ord. de 1670, tit. III, art. 8 : « S'il n'y a point de partie civile, les procès seront poursuivis à la diligence, et sous le nom de nos procureurs, ou des procureurs des justices seigneuriales ».

[7] Ord. de 1670, tit. XXV, art. 19. Comp. Jousse, *op. cit.*, t. 1, p. 5, 568, 572, 676, t. 3, p. 8 et 63.

Digitized by Google

organisation nouvelle du procès pénal. Cependant, on repousse l'accusation populaire et on n'admet pas non plus pleinement l'accusation privée. La partie lésée peut mettre en mouvement le procès pénal ; mais, l'accusation admise, c'est l'accusateur public, fonctionnaire élu, qui la soutient devant le jury de jugement. Le Code de brumaire ne modifie pas sensiblement ce système. Mais il supprime la distinction, encore existante, des délits publics et des délits privés et sépare, plus nettement encore que ne le faisait l'ordonnance de 1670, l'action publique et l'action civile. « L'action publique, — d'après l'article 5, — a pour objet de punir les atteintes portées « à l'ordre social. Elle appartient essentiellement au peuple. « Elle est exercée en son nom par des fonctionnaires établis « à cet effet ». Et l'article 6 définit l'action civile, celle qui « a « pour objet la réparation du dommage que le délit a causé. « Elle appartient à ceux qui ont souffert du dommage ».

Sans doute, les droits des particuliers, dans la poursuite, paraissent être les mêmes que précédemment. La dénonciation civique de la loi de 1791 subsiste, dans le Code de brumaire, avec toute son efficacité (art. 87 à 93). Sans doute, les dénonciateurs et les plaignants participent toujours à la rédaction de l'acte d'accusation (art. 226 et 227). Mais on sait désormais que la partie privée n'agit plus qu'à fin de dommages-intérêts, et si l'accès des tribunaux répressifs lui est ouvert, c'est en vue de poursuivre la réparation du préjudice dont elle a été victime et non en vue d'obtenir la punition du coupable. Le principe que l'action à fins pénales n'appartient qu'au peuple et aux fonctionnaires qu'il a choisis, est définitivement entré dans le droit moderne : il suppose la reconstitution du ministère public comme agent exclusif de la poursuite. Ce sera l'œuvre de la loi du 7 pluviôse de l'an IX, qui replace le ministère public entre les mains du gouvernement et lui rend ses anciennes attributions.

Désormais, l'idée fondamentale, dont s'inspire le Code d'instruction criminelle de 1808, qui renoue la chaîne historique, est celle de la *séparation* et de *l'indépendance des deux actions, civile et pénale,* corrélatives à la séparation des deux per-

Digitized by Google

sonnifications qui les exercent, la *partie privée* et le *ministère public*, et des deux intérêts auxquels elles correspondent, l'intérêt social et l'intérêt privé. La consécration de cette idée est affirmée dès les premiers articles du Code d'instruction criminelle; elle est répétée par l'article 10 du Code pénal, d'après lequel : « La condamnation aux peines établies par la loi « est toujours prononcée sans préjudice des restitutions et « dommages-intérêts qui peuvent être dus aux parties ».

Cette conception résulte évidemment de la nature juridique des deux actions; et il est peu de principes dont le législateur ait poursuivi l'application avec plus de logique, et dont il ait déduit avec plus de sûreté et affirmé avec plus d'énergie les conséquences. 1° En effet, bien qu'elles résultent du même fait matériel, l'*infraction*, elles ont cependant une *cause juridique* différente. L'action publique naît du délit, envisagé comme apportant un trouble à l'ordre social. L'action civile naît du délit, considéré, dans les rapports privés, comme un fait dommageable. 2° Aussi ces deux actions n'ont pas le même *objet*. L'une tend à l'application d'une peine; l'autre, à la réparation du préjudice causé. 3° Elles appartiennent à des *personnes différentes :* l'action publique, à la société, qui, ne pouvant l'intenter elle-même, en délègue simplement l'exercice, non pas à tous les membres du corps social, mais à des fonctionnaires spéciaux; l'action civile appartient à la personne lésée, au point de vue de sa propriété comme de son exercice. 4° L'action publique peut être *exercée* seulement contre les auteurs ou complices de l'infraction. L'action civile peut être exercée, en outre, contre leurs héritiers et contre les personnes que la loi déclare civilement responsables. 5° Les deux actions, différentes dans leur cause, leur objet, leur exercice, le sont aussi par leur mode d'extinction. L'intérêt social peut être satisfait là où l'intérêt privé ne l'est pas, et, à l'inverse, l'intérêt privé peut être satisfait, là où l'intérêt social ne l'est pas. L'amnistie, le décès, laissent subsister l'action civile et éteignent l'action publique. Le préjudice privé eût-il disparu, fût-il compensé et au delà par l'indemnité offerte, le trouble social subsiste toujours.

Digitized by Google

72. Néanmoins, l'origine commune de ces deux actions exerce une influence traditionnelle sur leurs relations. A trois points de vue particulièrement, l'action publique et l'action civile sont unies par des liens intimes qui constituent une sorte d'*interdépendance*.

I. L'action privée n'est pas de la compétence exclusive des tribunaux d'ordre civil: elle peut être intentée, en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique (art. 3). C'est là vraiment une règle fondamentale du droit français, une règle qui le caractérise. Par suite de l'accès qui est ainsi donné à la partie lésée devant les tribunaux de répression, pour faire juger son procès civil, le rôle des particuliers, *dans le procès pénal*, a grandi et s'est transformé. Sans l'avoir voulu et sans l'avoir prévu, on a ouvert, à la victime du délit, un droit d'accusation et d'initiative, *non plus subsidiaire, mais parallèle* à celui du ministère public. Non seulement, en effet, la loi reconnaît, à la partie lésée, le droit d'*intervenir*, dans le procès engagé par le ministère public, pour se joindre à son action et se faire l'auxiliaire de l'accusateur; mais elle n'a pu lui refuser, en cas d'inaction du ministère public, le droit de *saisir les tribunaux répressifs* et de porter, devant eux, tout à la fois, le procès pénal et le procès civil, inséparables, dans ce cas, l'un de l'autre; par conséquent, elle n'a pu lui refuser le droit d'agir. Sans doute, que la partie civile intervienne dans l'instance engagée ou qu'elle intente la poursuite à sa requête, elle se borne *théoriquement* à demander une réparation pécuniaire, la délégation de l'action publique ne lui est pas accordée: mais, en fait, la partie lésée est entendue dans l'*accusation*, et, malgré l'abstention, l'inertie ou la mauvaise volonté du ministère public, elle peut et doit obtenir, dans l'intérêt social comme dans son propre intérêt, la *condamnation pénale* du coupable. Deux restrictions viennent, du reste, limiter le rôle des particuliers dans le procès pénal et leur marquer qu'ils n'y figurent que pour ce qui regarde leurs intérêts privés. En effet, si la partie lésée peut introduire le procès, elle ne peut pas le diriger et le mener jusqu'au bout. L'exercice des voies de recours ne lui est ouvert que dans

Digitized by Google

la mesure même de ses intérêts civils (C. inst. cr., art. 202, § 2). Puis la condition qui lui permet d'intervenir ou d'agir à côté ou à la place du ministère public, le passeport qui lui donne accès à l'audience des tribunaux de répression, c'est toujours un *intérêt personnel*. Par là, se trouve écartée toute *accusation populaire*, exercée par un citoyen quelconque, dans un intérêt social, ou par une association, dans un intérêt général. A toute personne, à toute collectivité qui n'est pas personnellement et directement intéressée à la répression des délits, la loi française n'ouvre qu'une faculté, celle de provoquer, par voie de *dénonciation*, l'initiative du ministère public. Mais là s'arrête le rôle des particuliers ou des associations qui ne sont pas victimes mêmes du délit, et le droit de saisir un tribunal, pour le mettre à même d'exercer son droit et son devoir de juger, leur est absolument refusé.

II. L'indépendance des deux actions, exercées chacune séparément devant les tribunaux qui doivent en connaître, ne reste pas absolue. Le procès pénal domine et absorbe le procès civil : en ce sens d'abord que le tribunal civil doit surseoir à statuer sur l'action privée, jusqu'à ce que le procès pénal ait été jugé ; en ce sens également que la chose jugée au criminel s'impose au civil et doit être respectée. Ces deux règles, dont l'une, la première, est la conséquence de l'autre, la dernière, résultent de ce que la répression et la réparation sont étroitement liées, le délit ne pouvant être constaté et apprécié, au point de vue de la peine méritée, sans l'être également au point de vue du préjudice occasionné, de telle sorte que nul ne sera mieux à même de statuer sur la réparation que le tribunal qui statuera sur la peine (C. instr. cr., art. 3). Il y a là, comme nous le verrons, l'ébauche d'un système qui solidariserait les deux intérêts engagés dans la répression.

III. Enfin, le même temps est donné à la partie publique et à la partie privée pour faire valoir leur action, c'est-à-dire que l'action civile est soumise à la même prescription que l'action publique[3].

[3] Voy. sur le rapport des actions publique et civile, la dissertation de

Digitized by Google

Ce système d'interdépendance des deux actions est très compliqué dans son fonctionnement et il donne lieu à de nombreuses difficultés tant de législation que de jurisprudence. C'est cependant le plus répandu, mais avec des différences de détail dans son organisation. Le trait commun que l'on retrouve dans toutes les législations qui l'admettent, c'est que la partie lésée a le choix entre la juridiction civile et la juridiction répressive pour y porter son action civile; le reste varie de législation à législation.

73. A ce système s'oppose d'abord celui de l'indépendance absolue. Les deux actions restent sans influence réciproque l'une sur l'autre et sont intentées devant des juridictions différentes. C'est le procédé en vigueur, soit dans les législations d'origine anglo-saxonne, soit dans les législations d'origine germanique.

Dans les Pays-Bas, l'action civile est séparée de l'action publique et ce n'est que par exception que la partie civile, en limitant sa demande à 150 florins, peut intervenir dans l'instance pénale. En Allemagne, on ne peut joindre l'action civile à l'action pénale que dans des cas déterminés, par exemple en cas de lésions corporelles, ou lorsqu'on peut réclamer la *busse,* cette sorte de composition pécuniaire analogue à la peine privée. Mais c'est dans le droit anglo-américain que se trouve la formule la plus complète de la séparation. L'action civile ne peut être intentée que devant les tribunaux civils : son exercice peut précéder, accompagner ou suivre le procès pénal. Mais l'initiative du procès pénal appartient à tout citoyen (*cuivis e populo*).

74. Le régime français de l'interdépendance, qui tient le milieu entre celui de la confusion absolue et celui de la séparation absolue des deux actions, a été critiqué par les partisans des opinions extrêmes. Pour les étatistes, cette conception du

Devilleneuve sous Cass., 18 juin 1841 (S. 41. 1. 883). Cette dissertation a été écrite à propos d'un des incidents de la célèbre affaire de M^me^ Lafarge.

Digitized by Google

rôle des particuliers ferait encore une trop large place à l'action individuelle : on consentirait donc volontiers à sacrifier les droits de la partie civile au profit de l'extension des pouvoirs du ministère public et, en conséquence, on proposerait d'enlever, à la victime du délit, la double faculté, soit de provoquer une information, en saisissant le juge d'instruction, soit de mettre en mouvement l'action publique, devant les tribunaux de police simple ou correctionnelle, en procédant par voie de citation directe. Pour d'autres, au contraire, il faudrait d'abord associer plus intimement la partie civile à la répression. La séparation, dans ce domaine, du droit civil et du droit pénal, aurait été exagérée, soit par la substitution, pour tous les délits, du système des peines sociales à celui des peines privées, soit par l'extension progressive des pouvoirs du ministère public. On conclurait ainsi volontiers à une solidarisation absolue de l'action civile et de l'action pénale, en exigeant qu'elles soient toujours portées devant le juge pénal qui serait exclusivement compétent pour solutionner, en même temps, la question d'indemnité et la question de peine, et en donnant à la victime un droit d'accusation parallèle ou subsidiaire[9].

75. Nous retrouverons, au cours de cet ouvrage, ces conceptions si diverses et si opposées. Il importe, cependant, de remarquer combien « le droit pénal moderne a rejeté, dans « l'ombre, la partie lésée et la notion de la réparation du dom- « mage, pour laisser apparaître au premier plan le ministère « public, exerçant la justice au nom de tous; au rétablisse- « ment pratique du trouble causé, c'est-à-dire à l'obligation « d'indemniser la victime, a succédé, comme but essentiel, le « rétablissement théorique de l'ordre, c'est-à-dire l'exécution « d'une condamnation à la prison[10] ». Un tel système est

[9] Voy. pour les développements de ce système : Raoul de la Grasserie, *Des principes sociologiques de la criminologie*, p. 221 à 227.

[10] Prins, *Note sur la théorie de la réparation dans le système répressif* (*Bull. de l'Acad. royale de Belgique*, 3e série, t. 21, n° 6, p. 829 à 846). Également : *Bull. de l'Union internationale de droit pénal*, 1889, p. 52,

Digitized by Google

excessif : la réparation civile, lorsqu'elle est bien organisée, constitue l'un des moyens les plus énergiques de lutter contre la criminalité. Mais si l'institution du ministère public et l'exagération de ses fonctions ont été la première cause ou la première occasion d'une altération profonde de la situation de la victime du délit, si le droit social a condamné la vengeance privée et la faculté de réclamer la peine qui en était le dérivé, si on a fait de l'ancien accusateur une « partie civile », encore faudrait-il assurer et garantir, par des institutions appropriées, la réparation à laquelle a droit la victime. C'est sous cet aspect surtout qu'on doit envisager le problème et non sous celui d'une extension des droits de la partie lésée devant les tribunaux de répression ou d'une reconstitution du système des peines privées.

76. Le régime de l'interdépendance des deux actions, publique et civile, et la nécessité d'étudier leurs rapports réciproques, nous oblige à faire une étude, parallèle, qui suivra chacune de ces actions depuis sa naissance jusqu'à son extinction. Nous diviserons donc ce livre en trois titres : 1° des actions publique et civile; 2° de l'exercice de ces deux actions; 3° de leur extinction.

rapport de Garofalo, 1890, p. 59, rapport de Alimena, 1891, p. 121, rapport de Prins; Ferri, *La sociologie criminelle*, p. 503 à 511. Voy. *Rev. pénit.*, 1895, p. 1001; Ortolan, *op. cit.*, t. 2, nos 1476 et 1674, avait déjà insisté, sur « l'importance qu'il y a, pour la sécurité et pour le bien être social, non « seulement à ce que la société inflige une peine publique au coupable, « mais encore à ce qu'elle contraigne ce coupable à réparer le préjudice « qu'il a causé par son délit ».

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE PREMIER

DES DROITS D'ACTIONS QUI NAISSENT DE L'INFRACTION.

CHAPITRE PREMIER

DE L'ACTION PUBLIQUE.

---

§ XII. — NOTIONS GÉNÉRALES SUR L'ACTION PUBLIQUE.

77. La répression, et l'action publique qui en est la conséquence. — 78. Du ministère public. Divers systèmes d'accusation. Les deux types en présence. — 79. Combinaisons du système de l'accusation populaire et de celui de l'accusation publique. — 80. Législations autrichienne et allemande. — 81. Système anglais. — 82. Les actions populaires. Article 123 de la loi du 15 mars 1849.

77. La répression n'étant exercée par l'État qu'après un jugement, on appelle *action publique* la mise en œuvre du droit et du devoir de l'État de poursuivre en justice l'inculpé d'un délit pour l'en convaincre et l'en punir[1]. Cette action a

§ XII. [1] Il faut remarquer que tout ce qui n'est pas adéquat à la réparation du préjudice est une peine véritable, que cette peine profite à l'État, comme une amende, ou à la partie lésée, comme une amende spéciale qu'on prononcerait à son profit, ou au dénonciateur, dans le cas où la dénonciation est récompensée. Telle est la peine *lato sensu*. Mais il y a les *peines privées* et les *peines publiques*. Nous ne nous occupons que des secondes. Sur les premières, consultez : Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain* (Thèse doct., Paris, 1904). Dans ce travail, l'auteur constate,

Digitized by Google

trois caractères essentiels : *a*) Elle est la conséquence nécessaire et irrévocable du délit, en ce sens que tout individu qui commet une infraction doit être poursuivi et puni. *b*) Elle n'est, à aucun point de vue, subordonnée au caractère dommageable du fait et à l'action civile qui est la suite de ce caractère[2]. *c*) Enfin, c'est une action sociale, exercée dans l'intérêt et au nom de la collectivité tout entière. Ces trois caractères résultent d'un seul et même principe : à savoir que l'État, en vertu du devoir qui lui incombe de pourvoir à la défense sociale, est obligé, dès qu'un délit est commis, d'en poursuivre l'auteur pour obtenir contre lui la prononciation d'une peine.

78. Cette idée est réalisée, dans notre droit, par l'institution du *ministère public*, dont l'origine n'est ni *romaine* ni *germanique*, mais purement *française*. Le ministère public a pour fonction principale de rechercher et de poursuivre les auteurs de délits, c'est-à-dire de jouer le rôle d'*accusateur* dans le procès pénal[3].

Historiquement, l'accusation s'est exercée suivant quatre

d'une part, que l'application de peines privées, telles que astreintes, déchéances, est, dans nos sociétés, un retour aux coutumes des peuples primitifs; d'autre part, que ces peines privées sont de plus en plus en usage. L'idée même de substituer, au profit de la partie lésée par un délit, une amende à la réparation, jouit, à l'heure actuelle, d'une certaine faveur. Deux législations sont, à cet égard, à noter. Le Code pénal allemand de 1870 a conservé, pour certains délits, le système de la composition (*Busse*). Voy. §§ 188 et 231. Inspirées du même esprit, des lois plus récentes ont étendu l'amende, en faveur de la partie lésée, à des délits en matière de propriété littéraire, artistique et industrielle (*Ann. de législ. étr.*, 1871, p. 131 et 138). L'amende en faveur de la partie lésée a été également organisée par le Code pénal italien de 1889 (art. 38). Voy. sur tous ces points : Demogue, *De la réparation civile des délits* (Paris, 1898, p. 163 à 173).

[2] La loi pénale n'attend pas pour punir que le dommage ait été causé. Elle punit des actes au caractère compromettant, et elle est, à ce point de vue, préventive.

[3] Sur l'histoire du ministère public, *suprà*, pp. 48, 78, 79. Voy. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. 6, p. 338; Félix Aubert, *Du ministère public de saint Louis à François Ier* (*Rev. hist.*, 1894, p. 487 et suiv.).

Digitized by Google

formes[4] : 1° D'abord, la victime du délit ou ses héritiers ont poursuivi, dans leur propre intérêt, pour obtenir une réparation leur profitant : c'est le système de l'*accusation privée*. 2° Puis, tout citoyen a pu se porter accusateur dans l'intérêt public, et demander, mais au nom de la collectivité, la punition de l'auteur du délit : c'est le système de l'*accusation populaire*, qui consiste dans la représentation de l'État par les citoyens. 3° Plus tard, le juge s'est saisi lui-même de la connaissance des crimes les plus graves et les a poursuivis dans l'intérêt général : c'est la *poursuite d'office*. 4° Enfin, un corps de fonctionnaires a été institué par l'État pour rechercher les infractions, en poursuivre les auteurs devant les tribunaux et requérir leur condamnation : c'est le système de l'*accusation publique*.

79. Le premier de ces procédés de poursuite, l'*accusation privée*, est celui des peuples barbares; il méconnaît le caractère social de la répression. Les peuples civilisés l'ont abandonné. Quant au système de la *poursuite d'office*, il réunit et confond deux fonctions qui doivent être et rester distinctes dans l'intérêt de l'impartialité judiciaire, la fonction de juger et celle d'accuser. Aussi n'est-il plus en vigueur. Restent l'*accusation populaire* et l'*accusation publique*. Chacun de ces systèmes a ses inconvénients et ses avantages. L'accusation populaire peut sommeiller par peur, corruption ou indifférence[5]; elle peut devenir un moyen de chantage entre les mains de gens sans aveu[6]. Personne ne conteste, à ce double point de vue, les avantages de l'institution d'un accusateur

[4] Ce sont, du reste, des formes typiques. Mais elles se présentent rarement pures : les systèmes pratiques les ont presque toujours combinées. Voy. Raoul de la Grasserie, *Des principes sociologiques de la criminologie* (in-8°, Paris, 1904), p. 183.

[5] Thouret, disait, dans la séance de l'Assemblée constituante du 4 août 1790 : « Quand tout le monde est chargé de veiller, il arrive un moment où « personne ne veille ».

[6] Notre Ayrault caractérisait les vices du système, quand il disait que sa suppression ferait « cesser cette haine effrénée de s'entre-manger les uns « les autres ».

Digitized by Google

public. L'accusation populaire, dans un pays où tout le monde est occupé, deviendrait un métier; mieux vaut certainement en faire une fonction. Mais, soumis au pouvoir exécutif, cet accusateur public peut être soupçonné de subordonner l'action publique à des considérations politiques; magistrat, comme le juge, son caractère même est de nature à détruire l'égalité nécessaire entre l'accusation et la défense.

Les deux conceptions absolues de l'accusation populaire et de l'accusation publique ne présentent plus guère, aujourd'hui, qu'un intérêt historique. Les systèmes en vigueur reposent sur la combinaison du rôle de l'État et de celui des particuliers. Deux types d'accusation se partagent, à l'heure actuelle, le monde civilisé. Dans le premier, la poursuite des infractions est exercée, en principe, par les membres du ministère public, délégués par l'État; les particuliers n'interviennent qu'exceptionnellement et seulement quand leurs intérêts sont en jeu. C'est le système français : il sert de type à celui qui est organisé par la plupart des législations en vigueur. Dans le second, le rôle des particuliers est, au contraire, prépondérant, et l'État n'intervient que dans des cas rares et, pour ainsi dire, par voie subsidiaire. C'est le système anglais.

Par son origine, le ministère public est une institution bien française[7], qui a toujours rendu les plus grands services à l'ordre public. « Nous avons, aujourd'hui, dit Montesquieu, « une loi admirable : c'est celle qui veut que le prince, établi « pour faire exécuter les lois, prépose un *officier* dans chaque « tribunal pour poursuivre en son nom tous les crimes, de « telle sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi « nous : la partie publique veille pour les citoyens, elle agit « et ils sont tranquilles[8] ». En raison même de l'utilité de cette

[7] Il ne faut pas, en effet, en chercher l'origine, même lointaine, dans l'institution des *procuratores cæsaris*, chargés de veiller sur le patrimoine des empereurs, et que les rois francs ont conservé dans leurs domaines. Voy. Pardessus, *Essai historique sur l'organisation judiciaire*, p. 189 et suiv.; Ortolan et Ledeau, *op., cit.*, t. 1, p. 19 et suiv.

[8] *Esprit des lois*, liv. VI, chap. VIII. Ayrault (*op. cit.*, liv. 2, 4e part., n° 27) avait déjà dit cent cinquante ans auparavant : « Le procureur du roy

Digitized by Google

institution, son importance devait apparaître aux législateurs des pays étrangers, surtout à ceux qui se sont inspirés de nos Codes. Le ministère public existe, aujourd'hui, avec des différences inévitables de détails et d'organisation, dans la plupart des États de l'Europe et de l'Amérique. C'est surtout au point de vue du rôle réservé aux particuliers dans la poursuite que les législations contemporaines se montrent plus ou moins libérales.

80. C'est ainsi que, malgré l'admission du système de la poursuite par le ministère public, les législations autrichienne et allemande s'écartent nettement du système français.

Le principe qui domine le Code autrichien de 1873, c'est que « la poursuite en justice d'un acte punissable n'a lieu que sur la réquisition d'un accusateur » (§ 2). Mais le ministère public n'a pas le monopole de l'exercice de l'action publique. L'accusateur peut être, soit le ministère public, soit la partie lésée. *a*) Le ministère public est maître de son action. Deux conséquences corrélatives en résultent. Il peut renoncer à son action en tout état de cause, et, s'il se désiste, il dessaisit le tribunal et détermine obligatoirement l'acquittement de l'accusé. Il ne suffit donc pas, comme en France, que l'action publique soit mise en mouvement pour que le juge puisse statuer; il faut encore qu'elle ne soit pas abandonnée (§§ 109, 227, 259). Le ministère public peut également se passer, pour saisir la juridiction de jugement, d'une décision préalable des juridictions d'instruction : dans ce cas, il rédige l'acte d'accusation et saisit, par le dépôt de cet acte, le tribunal qui doit en connaître (§ 207). *b*) A côté du ministère public, la partie lésée peut agir, soit comme accusateur privé (*Privatanklager*), soit comme accusateur privé subsidiaire (*Subsidiaranklager*), soit comme partie civile, joignant son

« a bien le droit de la vindicte publique : et ç'a été sagement et humaine-
« ment fait, de l'avoir planté et subrogé au lieu de ceux, lesquels en estat
« populaire se mesloient d'accuser autruy sans interest particulier qu'ils
« eussent ».

Digitized by Google

action privée à la poursuite du ministère public (*Privatbetheiligter*). L'accusation privée consiste dans le droit reconnu aux particuliers de porter directement l'action publique devant le tribunal de répression (§ 46). Ce droit appartient à la partie lésée, seulement pour les délits qui ne peuvent être poursuivis que sur sa plainte. Dans ce cas, la partie lésée procède, « pour les besoins de son accusation, de la même manière que le ministère public » (§ 46). Elle est maîtresse de l'accusation, et, si elle y renonce, l'accusé doit être acquitté. La partie lésée a le droit d'exercer l'accusation privée subsidiaire, dans le cas où le ministère public refuse de poursuivre ou abandonne la poursuite commencée (§ 48). Elle conclut alors à l'application de la peine, à la place du ministère public. Telle est l'accusation privée subsidiaire qui constitue l'une des innovations caractéristiques du Code de 1873. Enfin, la victime du délit peut se porter partie civile, en joignant son action à la poursuite du ministère public. « Toute personne « lésée par un crime ou par un délit qui doit être poursuivi « d'office peut, jusqu'au commencement des débats, joindre « son action civile à la procédure et devenir ainsi partie civile » (§ 47).

Le Code de procédure allemand de 1877 consacre le principe d'après lequel les tribunaux ne peuvent se saisir d'office[9]. L'accusation est confiée au ministère public[10]. Mais, d'une part, les officiers qui le représentent n'ont que l'exercice de l'action publique et n'en sont plus les maîtres dès qu'ils l'ont intentée. D'autre part, un grand nombre d'infractions ne peuvent être poursuivies que sur plainte de la partie lésée. Ce qui caractérise surtout la législation allemande, au point de vue du rôle des particuliers, c'est la séparation

[9] C. proc. all., § 151 : « L'ouverture d'une instruction judiciaire est subordonnée à l'introduction d'une accusation (*Klage*) ».

[10] Le ministère public se compose du parquet du tribunal de l'Empire, qui comprend un procureur supérieur et plusieurs procureurs de l'Empire, des procureurs d'État près des tribunaux régionaux supérieurs et des tribunaux régionaux, et des procureurs de bailliage près des tribunaux de bailliage.

Digitized by Google

de l'action pénale et de l'action civile. La faculté de porter la demande en dommages-intérêts devant les tribunaux de répression n'est pas ouverte à la partie lésée[11]. Sa participation à l'exercice de l'accusation se manifeste de trois manières. *a*) Le droit de plainte lui est ouvert, et la plainte est nécessaire, dans certains cas, pour que le ministère public puisse agir. La loi allemande considère, en effet, certaines infractions (*antragsdelikte*) comme revêtant un caractère personnel parce qu'elles lèsent surtout les intérêts privés ou parce qu'elles portent atteinte à l'honneur ou à la considération des familles[12]. Pour ces délits, le plaignant « qui est en même temps partie lésée » peut se pourvoir devant le supérieur hiérarchique de l'agent du ministère public qui refuse de donner suite à la plainte. En cas de rejet de ce pourvoi, il peut alors en appeler au tribunal régional supérieur ou au tribunal de l'Empire qui a le droit d'ordonner la mise en accusation de l'inculpé. Dans ce cas, le ministère public est tenu d'intenter l'action, mais non de la soutenir : la partie lésée qui aura provoqué cette mesure peut alors intervenir. *b*) A côté du droit de recours, la partie lésée possède, dans les délits d'injures et de lésion corporelle, le droit d'accusation privée (*privatklage*), « sans qu'il soit nécessaire pour elle d'invoquer préalablement le concours du ministère public » (§ 414). *c*) Enfin l'accusation, par voie d'intervention (*nebenklage*) est accordée à la partie lésée dans trois hypothèses. Elle appartient d'abord à toute personne ayant le droit d'accusation privée. Cette personne peut, « en tout état de la procé-« dure, joindre son action à l'accusation publique en qualité « d'accusateur par intervention. Cette intervention pourra « même se produire après le jugement en vue d'user d'une « voie de recours » (§ 417). Le droit d'intervention appartient,

[11] C. de proc. all., § 433. C'est une règle qui existait déjà dans plusieurs États germaniques. Cfr. Daguin, *Code de procédure pénale allemand*, p. 233, note 1.

[12] Ces infractions spéciales sont énumérées dans le Code pénal allemand du 31 mai 1870. Une loi du 26 février 1876 en a diminué le nombre (*Ann. législ. étr.*, 1877, p. 135).

Digitized by Google

en second lieu, au plaignant, qui, sur le refus du ministère public de poursuivre, a obtenu du tribunal une décision ordonnant la mise en accusation, pourvu que l'acte punissable ait été dirigé « contre sa vie, sa santé, son état civil ou ses biens » (§ 435). Enfin, la partie lésée peut encore se joindre à la partie publique, en qualité d'accusateur par intervention, quand la loi lui permet de réclamer une composition (*Busse*)[13].

En résumé, ce qui paraît caractériser la législation allemande, au point de vue de l'accusation, c'est le rôle trop exclusif donné au ministère public, rôle qui répond bien aux tendances centralisatrices de l'Allemagne moderne.

81. L'Angleterre est le seul pays de l'Europe où les particuliers ont un rôle prépondérant dans la poursuite. Mais ce système, qui est le trait distinctif de la procédure pénale anglaise, ne repose pas sur la confusion de l'intérêt social et de l'intérêt privé dans la répression. Non seulement, en effet, la législation anglaise repousse l'idée qui ne voit, dans l'infraction, que le tort causé aux particuliers, mais elle n'admet pas l'existence de délits privés, c'est-à-dire de faits qui, bien que délictueux, ne peuvent être poursuivis que par la partie lésée. La poursuite a lieu, dans l'intérêt public, par tout citoyen ou

[13] C. proc. all., § 443. La composition est une réparation pécuniaire ou plutôt une sorte d'amende, à laquelle peut être condamné, par les tribunaux criminels, l'individu coupable de certaines infractions.

D'après le Code pénal allemand (§ 188), dans les cas de diffamation et de calomnie, « lorsque l'injure aura porté préjudice à la fortune, à la position, « ou à l'avenir de l'inculpé, le tribunal pourra, en outre de la peine privée, « prononcer, au profit de ce dernier, sur sa demande, une amende qui n'ex- « cédera pas 2.000 thalers. Dans ce cas, l'offensé ne pourra plus obtenir « d'autres dommages-intérêts ». Le § 231 permet également, en cas de lésions corporelles, d'attribuer à la partie lésée une composition (*Busse*) de 2.000 thalers au maximum. Et le paiement de cette composition exclut aussi le droit de demander d'autres dommages-intérêts. Même système pour les délits de contrefaçon (*Ann. de législ. étr.*, 1871, p. 131, 138, 205; 1864, p. 140; 1876, p. 100, 112, 130). Ce système diffère, à deux points de vue surtout, du système de la réparation civile. Le juge allemand peut bien allouer une somme d'argent qui n'est pas en rapport avec le dommage causé. Mais la victime ne peut cumuler la composition et les dommages-intérêts.

Digitized by Google

toute association créée pour cet objet. C'est la « *popular action* ». De tout temps, du reste, deux officiers de la couronne, l'*attorney general* et le *solicitor general,* qui est son substitut, ont pu exercer les poursuites dans des cas exceptionnels ou lorsque les intérêts de la couronne sont directement en jeu[14]. Bien que les inconvénients résultant de l'absence d'un ministère public aient été atténués par le caractère tout particulier, en Angleterre, de la magistrature, du barreau, de la police[15], par la création d'associations pour exercer des poursuites, ces inconvénients ont été vivement ressentis et signalés, notamment dans le rapport publié en 1874 par la commission parlementaire d'organisation judiciaire qui étudia la question de l'établissement d'un *public prosecutor.* La loi du 3 janvier 1879, devenue exécutoire le 1er janvier 1880, a institué un directeur des poursuites criminelles qui doit, sous la surveillance de l'*attorney general,* intenter et poursuivre les procédures criminelles et donner, aux officiers de police et à toutes personnes, officiers ou non, engagées dans un procès criminel, son avis et son assistance. Mais la loi maintient expressément le droit de tout particulier d'intenter ou de conduire n'importe quelle poursuite criminelle. Le principe de l'accusation populaire n'a donc pas été entamé par la réforme timide de 1879.

En 1883, une commission royale a été chargée de faire une enquête sur le fonctionnement de l'office du directeur des poursuites criminelles. Son rapport a été le préliminaire de la loi du 14 août 1884, provoquée par cette commission. On s'était demandé s'il était opportun d'étendre à l'Angleterre les

[14] M. Prins, chargé par son gouvernement d'aller étudier le fonctionnement de la procédure pénale à Londres en 1879, constate, dans son rapport, qu'il y a sur le continent un vice saillant : la coalition inconsciente et, pour ainsi dire, inévitable, du parquet, du juge d'instruction, de la police et de la magistrature assise contre l'accusé ; qu'en Angleterre, il en est tout autrement, les divers éléments, qui concourent à l'application de la loi pénale, se contrôlant les uns les autres.

[15] Le public anglais vient en aide à la justice, le public français lui est hostile.

Digitized by Google

systèmes écossais et irlandais, d'après lesquels des procureurs fiscaux ou des *solicitors* de la couronne, résidant dans chaque région, font rapport de chaque délit grave, aussitôt après sa découverte, respectivement au *Lord advocate*, en Écosse, et à l'*attorney general*, en Irlande. La commission n'a pas méconnu l'utilité de ce réseau d'agents de surveillance et de poursuites ; mais, reculant devant certaines difficultés d'ordre budgétaire, elle s'est bornée à proposer la modification et le développement du système créé en 1879. Aujourd'hui, tout *solicitor assistant* du Trésor peut suppléer le *solicitor general* dans les fonctions de directeur des poursuites publiques. L'officier en chef de tout district de police doit fournir, de temps à autre, au *solicitor general*, des renseignements sur les crimes justiciables des assises qui auront été commis dans son ressort. Mais la loi de 1884, qui supprime certains rouages, ne donne pas de pouvoirs nouveaux à ce ministère public embryonnaire [16].

82. Les *actions populaires* ont été l'une des institutions les plus originales du droit romain. Pour les caractériser d'un mot, on peut dire, avec Geib [17], qu'elles furent relatives à des « actes défendus qui apparaissent en quelque sorte comme le chaînon de jonction entre les infractions proprement dites, renvoyées aux *quœtiones perpetuæ*, et les simples délits privés ». Les Romains n'ont jamais eu l'idée de créer un ministère public. La protection de l'intérêt général n'étant pas assurée par l'activité de magistrats, ils la confièrent à tous les citoyens de bonne volonté qui devenaient ainsi les représentants de l'État. De nos jours, l'intérêt public a, dans presque tous les pays, son représentant légal, le ministère public; aussi le système des actions populaires n'a été conservé qu'en Angleterre, pour la poursuite des infractions. En France, les très rares exemples de fonctions judiciaires, appartenant à tous les citoyens, se rattachent au droit électoral et n'ont qu'une

[16] Voy. Nourrisson, *De la participation des particuliers à la poursuite des crimes et des délits* (Paris, 1894), p. 159 et suiv.

[17] *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, t. 1, p. 69.

Digitized by Google

analogie lointaine avec les actions populaires romaines. Ainsi, l'article 123 de la loi du 15 mars 1849 permet, à tout citoyen inscrit dans une circonscription, de porter plainte pour les délits commis à l'occasion d'une élection ; mais bien qu'il ne s'agisse là que de l'acte préliminaire de la poursuite, et non d'un véritable droit d'action, la jurisprudence a conclu, du caractère de « plainte », donné à cette initiative civique, au droit, de tout citoyen inscrit, de mettre en mouvement l'action publique. En un mot, les électeurs du collège qui a procédé à l'élection, à l'occasion de laquelle des crimes ou délits auraient été commis, sont investis, *à raison de leur seule qualité d'électeurs*, et sans avoir à justifier d'un *préjudice personnel*, du droit de poursuivre, comme *parties civiles*, ces crimes et délits[18]. Mais le ministère public, dans ce cas même, reste l'agent de la poursuite, comme il l'est toujours quand il y a partie civile en cause. Ce n'est donc qu'en qualité de *partie civile* que l'électeur figure au procès, et non en qualité de ministère public[19], et il n'y a pas là un véritable cas d'*accusation populaire*[20], car si l'intérêt général est le seul mobile de l'action de l'électeur, cet intérêt général a toujours pour représentant un fonctionnaire, le ministère public.

§ XIII. — DE L'ORGANISATION DU MINISTÈRE PUBLIC.

83. Organisation identique du ministère public en matière pénale et en matière civile. — **84.** Les membres du ministère public, agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux, sont amovibles et révocables. — **85.** Unité et subordination hiérarchiques. — **86.** Aucune juridiction pénale n'est complète sans ministère public. — **87.** Correspondance entre l'organisation des tribunaux de répression et l'organisa-

[18] Voy. Cass., 16 mars 1878 (D. 78. 1. 147), cassant un arrêt contraire de la Cour de Montpellier du 21 nov. 1877 (S. 77. 2. 326); Montpellier, 10 nov. 1894 (S. 96. 2. 201) et les notes de M. Villey sous ce dernier arrêt et l'arrêt de la Cour de cassation.

[19] Une tentative de résurrection des actions populaires a eu lieu, en Italie, à propos de l'administration et de la surveillance des établissements de bienfaisance. Loi du 17 juillet 1890 (*Ann. de législ. étr.*, 1890, p. 385). D'un autre côté, la loi espagnole du 26 février 1890 décide que l'action pénale, naissant des délits électoraux, est publique, c'est-à-dire qu'elle peut être mise en mouvement par tout électeur aussi bien que par le ministère public.

[20] Comme le dit, cependant, Laborde, *op. cit.*, p. 448.

Digitized by Google

tion du ministère public. Tribunaux de simple police. Parquet des tribunaux de première instance, des cours d'appel, de la Cour de cassation. — **88.** Indivisibilité du ministère public. — **89.** Remplacement.

83. L'organisation du ministère public est identique, quelles que soient ses fonctions. Il n'y a pas un ministère public autrement constitué en matière pénale qu'en matière civile. C'est une des conséquences les moins contestées et les moins contestables de l'unité de la justice civile et de la justice pénale.

Les règles suivantes résument les principes qui régissent l'institution, au point de vue de la poursuite des inculpés de crimes, de délits et de contraventions.

84. « Les officiers du ministère public sont agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux » (D. 16-24 août 1790, tit. VIII, art. 1). On les appelait, autrefois, à raison de ce caractère, les « gens du roi[1] ». Sur leur mode de nomination, deux systèmes ont été pratiqués. D'après le premier, les membres du ministère public sont désignés à l'élection. Mais c'est un système qui présente un double inconvénient. Il fait échapper les membres du ministère public à l'action du pouvoir qui n'a plus de représentants dociles auprès des tribunaux. Il les fait dépendre du corps électoral, aux intérêts et aux passions duquel ces agents peuvent être tentés de subordonner l'exercice de l'action publique. Aussi le procédé qui consiste à leur donner le carartère de *fonctionnaires*, institués directement par le chef du pouvoir exécutif, est presque partout suivi et approuvé. C'est le système actuellement en vigueur en France. On est appelé à remplir les fonctions du ministère public près les tribunaux d'arrondissement, les cours d'appel et la Cour de cassation, par un décret du président de la République, rendu sur la proposition du garde des sceaux et la présentation des chefs de la cour où la vacance se produit (L. 25

§ XIII. [1] *Gentes nostræ* (Ord. du 25 mars 1302, chap. 21, *Ord. des rois de France*, t. 1, p. 361). Les officiers du ministère public ont seuls gardé ce titre de gens du roi qu'ont porté primitivement tous les officiers royaux.

Digitized by Google

févr. 1875, art. 3)[2]. Ce mode de nomination est tellement conforme à la nature des fonctions du ministère public que, à l'époque même où les tribunaux se recrutaient par l'élection, le chef de l'État avait conservé la nomination des commissaires du gouvernement et de leurs substituts[3]. L'officier du ministère public nommé doit se faire recevoir et installer[4]. La réception consiste dans la prestation de serment[5], et l'installation, dans la cérémonie par laquelle un magistrat est admis à siéger pour la première fois dans la compagnie où il est nommé. Ces règles sont communes aux juges des cours et tribunaux et aux membres du ministère public[6]. La principale différence qui sépare la magistrature debout de la magistrature assise[7] consiste en ce que la première est *amovible* et *révocable*. C'est la conséquence du caractère même de l'institution : agents du pouvoir exécutif, chargés de veiller à l'exécution des lois et de requérir au nom du gouvernement, les membres du ministère public ne pourraient être inamovibles sans cesser de dépendre du chef de l'État[8].

[2] Pour les colonies, les nominations se font sur la proposition du garde des sceaux et du ministre des colonies et le contre-seing de ce dernier (Ord. 28 juill. 1841, art. 1).

[3] D. 16-24 août 1790, tit. VIII, art. 1; D. 27 nov.-1er déc. 1790, art. 23; Const. 5 fruct. an III, art. 216 et 261.

[4] Pour les détails sur ces deux formalités : Garsonnet, *op. cit.*, t. 1, § 182, p. 302.

[5] Aujourd'hui que le serment politique est aboli (D. 5 sept. 1870), les officiers du ministère public ne prêtent qu'un serment professionnel.

[6] Quant aux conditions d'aptitude pour être appelé aux fonctions du ministère public, voy. Garsonnet, *op. cit.*, § 77, t. I, p. 296.

[7] On appelle le corps du ministère public la *magistrature debout*, par opposition à la *magistrature assise*, parce que ses membres se lèvent pour adresser des réquisitions aux membres des cours et tribunaux qui jugent assis sur leurs sièges.

[8] Les magistrats du ministère public devraient-ils être inamovibles ? Voy. sur la question : Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 121 et la note. M. Larnaude, regrettant à la Société des prisons (*Rev. pénit.*, 1896), à propos de la discussion sur la poursuite des crimes et délits par les associations, l'inamovibilité du ministère public qui faisait en grande partie sa force dans notre ancienne législation, disait : « Je ne crois pas qu'il soit bien de faire dépendre en fait

Digitized by Google

85. On a donné pour base, à l'organisation du ministère public, un principe qui en fait la force, celui de l'*unité et de la subordination hiérarchiques*[1].

Les procureurs généraux, les avocats généraux, les substituts du procureur général, les procureurs de la République, leurs substituts, les commissaires de police, les maires et adjoints, tous fonctionnaires du ministère public, sont *unis* entre eux par un lien *hiérarchique*, qui aboutit au garde des sceaux, ministre de la justice, et qui permet à celui-ci, à titre de représentant direct du pouvoir exécutif, de communiquer à l'exercice de l'action publique en France la puissance de l'unité (D. 30 mars 1808, art. 80 et 81; L. 20 avr. 1810, art. 60; C. instr. cr., art. 274).

Cette subordination, en ce qui concerne les membres du ministère public, a, pour sanction dernière, la *révocation* qui peut les frapper sans motifs et, à plus forte raison, les atteindre à juste titre s'ils manquent gravement aux devoirs de leur charge. C'est la conséquence de leur amovibilité. Mais, de plus, cette subordination se manifeste par un *pouvoir disciplinaire* qui n'appartient pas aux cours et tribunaux près desquels les membres du ministère public exercent leurs fonctions, mais à leurs supérieurs hiérarchiques. Il convient, à ce point de vue, de distinguer entre le procureur de la République, d'une part, le procureur général et le garde des sceaux,

« de tels ou tels électeurs, de tels ou tels hommes politiques, quels qu'ils soient, « à quelque opinion qu'ils appartiennent, l'action de la justice. Or, c'est à « quoi l'on s'expose en rattachant d'une manière trop étroite (et peut-être « ne peut-on pas faire autrement) le ministère public à l'organe politique, par « excellence, le Gouvernement ». L'influence de plus en plus grande de considérations d'ordre politique sur l'administration de la justice, est, en effet, un vice tel qu'on a pu rechercher, dans l'inamovibilité du ministère public, un appui pour son indépendance. Mais ne nous illusionnons pas : l'indépendance tient au caractère plus qu'aux institutions. L'idée de confier à des associations l'exercice de l'action publique en concours avec le ministère public est née de cet état de choses. Voy. Paul Nourrisson, *L'association contre le crime* (Paris, 1901), p. 7 à 22.

[1] Comp. : Braneau, *De la hiérarchie du ministère public* (*Revue historique*, 1860, t. 6, p. 171).

Digitized by Google

d'autre part. Le procureur de la République n'a pas été investi d'un pouvoir disciplinaire. Il n'a, sur ses substituts et sur les officiers du ministère public près les tribunaux de police, qu'un droit de surveillance et de direction (C. instr. cr., art. 289; L. 20 avr. 1810, art. 6 et 47; D. 18 août 1810, art. 16 et 19). Mais le procureur général a, sur tous les officiers de son ressort, un véritable pouvoir disciplinaire qui lui donne le droit de les rappeler à leurs devoirs (L. 20 avr. 1810, art. 60), et le garde des sceaux, qui exerce sur tous les officiers du ministère public la plus haute autorité disciplinaire, peut les mander devant lui ou leur faire adresser, par les procureurs généraux, les injonctions qu'il juge nécessaires (S.-C. 16 therm. an X, art. 81; L. 20 avr. 1810, art. 60).

La possibilité d'une révocation exclut-elle la possibilité d'une poursuite disciplinaire des membres du ministère public devant le Conseil supérieur de la magistrature, institué par la loi du 30 août 1883 (art. 13 et 14)? L'amovibilité ne serait pas une raison suffisante pour les soustraire à cette haute juridiction; mais la discipline de ces officiers a été organisée, d'une manière spéciale, *par voie hiérarchique*. C'est qu'en effet, le principe de l'indépendance du ministère public, à l'égard des tribunaux, ne permet pas de le soumettre, même par mesure disciplinaire, à la surveillance de la Cour de cassation [10].

86. Aucune juridiction pénale n'est complète sans ministère public et ne peut valablement tenir audience hors sa présence.

a) Le fonctionnement de tout tribunal de répression implique essentiellement, en effet, l'existence d'un ministère public qui est le rouage indispensable de la poursuite. Il n'en est pas de même dans tous les tribunaux rendant la justice civile. Il n'existe pas, en effet, de ministère public près les tribunaux de commerce, ni près les tribunaux de paix ou les conseils

[10] Dans ce sens : Esmein, sous Cass., Ch. réun. (Cons. sup. de la magistrature), 27 avril 1898 (S. 99. 1. 385, § 1).

Digitized by Google

de prud'hommes. C'est ainsi que le juge de paix, siégeant comme juge de police, est assisté d'un ministère public, tandis qu'il est privé du concours de tout officier du ministère public quand il siège comme juge civil.

b) Le ministère public devant assister à tous les actes de la procédure pénale et aucune procédure pénale n'étant valable sans son intervention [11], il faut qu'il soit constaté, par les actes de la procédure, notes sommaires, jugement, procès-verbal, etc., et ce à peine de nullité, que le ministère public a assisté à toutes audiences de la cause et donné ses conclusions avant tout jugement ou a été mis en demeure de les donner [12]. C'est une règle qui se rattache à la composition régulière de la juridiction et qui est, à ce titre, d'ordre public (C. instr. cr., art. 190 et 210).

87. La loi a dû établir et a, en effet, établi une exacte correspondance entre l'organisation du ministère public et celle des tribunaux de répression, autour desquels le ministère public doit évoluer.

Mais, à cet égard, il importe de séparer, pour en faire deux études distinctes, les juridictions de police des autres juridictions pénales.

I. Près le tribunal de police, qui est tenu par le juge de paix, en qualité de juge de police, il existe, bien entendu, un ministère public dont la présence, à toutes les audiences de la cause, doit être régulièrement constatée, à peine de nullité du jugement [13].

[11] Le ministère public doit être entendu ou mis en demeure de présenter ses conclusions, non seulement sur le fond, mais sur tous les incidents qui donnent lieu à un jugement. Conf. Cass., 30 sept. 1843 (S. 43. 1. 928). Mais, quant aux conclusions que doit présenter le ministère public, il suffit qu'il exprime une opinion et c'est une opinion que de s'en rapporter à la prudence du tribunal. Cass., 6 mai 1808 (D. A. v° *Instr. crim.*, n° 887); Merlin, *Rép.*, v° *Minist. public*, § 7, n° 14.

[12] Jurisprudence constante. Voy. les nombreux arrêts cités dans le *Répert. gén. alph. du droit français*, v° *Jugement et arrêt* (mat. crim.), n°s 98 à 117, et surtout n° 105.

[13] Voy. Cass., 23 oct. 1897 (S. 98. 152).

Digitized by Google

L'organisation du ministère public près le tribunal de police se trouve aujourd'hui fixée par l'article 144 du Code d'instruction criminelle, modifié par la loi du 27 janvier 1873[14]. Ce texte distingue implicitement deux classes d'officiers remplissant ces fonctions : 1° Ceux que la loi en investit directement, sans désignation du procureur général. Ce sont : le commissaire de police du lieu où siège le tribunal, et, en cas d'empêchement ou, à défaut, le maire, les adjoints et les conseillers municipaux dudit lieu, dans l'ordre du tableau; 2° Ceux que le procureur général peut désigner, qui tiennent directement leur délégation du chef suprême du ressort. Ce sont : l'un des commissaires de police du chef-lieu, s'il y en a plusieurs, et, à défaut de commissaire de police au chef-lieu, soit un commissaire de police résidant ailleurs qu'au chef-lieu, soit un suppléant du juge de paix, soit le maire ou l'adjoint du chef-lieu, soit un des maires ou adjoints d'une autre commune du canton, lequel est désigné, à cet effet, par le procureur général pour une année entière, et est, en cas d'empêchement, remplacé par le maire, par l'adjoint ou par un conseiller municipal du chef-lieu de canton.

En supposant, par conséquent, la désignation faite par le procureur général, le ministère public près le tribunal de police est exercé : 1° Par le commissaire de police, et, s'il n'y en a qu'un, c'est cet officier de police qui est investi, par la loi même et la loi seule, du ministère public, sans que le procureur général ait à lui déléguer ces fonctions, sans qu'il puisse même les lui enlever; 2° Par l'une des personnes désignée par le procureur général, parmi *celles* qui exercent, *dans le canton*, les fonctions administratives que la loi indique. Dans ces limites, mais seulement dans ces limites[15], le

[14] Le commentaire de cette loi se trouve dans un certain nombre de circulaires ministérielles (Circ. just., 6 févr. 1873, 13 avr. 1874, 3 févr. 1879). Voy. L. Munsch, *Répertoire général des circulaires et instructions du ministère de la justice* (1790-1899), 2 vol. in-8°, 1900. Comp. Cambuzat, *Du ministère public près les tribunaux de police* (*Rev. crit.*, 1879, p. 279).

[15] Voy. notamment : Cass., 4 août 1877 (D. 78. 1. 393), et les conclusions de M. l'avocat général Lacointa. Il est bien entendu, que le procureur général

Digitized by Google

choix du procureur général s'exerce librement, sans qu'il soit astreint à suivre l'ordre de préférence indiqué par le texte. Bien que la délégation n'ait lieu, d'après les termes de l'article 144, que pour un an, en fait, elle n'est pas renouvelée chaque année; l'officier délégué continue l'exercice de ses fonctions tant qu'il conserve la qualité à laquelle elles sont attachées, ou jusqu'à démission ou révocation; 3° En cas d'empêchement temporaire de l'officier désigné par la loi ou par le procureur général, c'est le maire, l'adjoint, ou, à leur défaut, un conseiller municipal du chef-lieu, lequel est pris dans l'ordre du tableau, ou désigné par le conseil dans les termes de l'article 84 de la loi du 5 avril 1884[16], qui le remplace dans les fonctions de ministère public près le tribunal de police[17].

Cette organisation, établie ou plutôt modifiée par la loi du 27 janvier 1873, a eu un double but : d'une part, soit par l'intervention du procureur général auquel on a donné un droit de délégation qu'il n'avait pas, soit par l'adjonction des conseillers municipaux du chef-lieu comme remplaçant l'officier absent ou empêché, on veut assurer, en toute éventualité, le service du tribunal de police qui ne peut fonctionner sans son ministère public; d'autre part, on veut permettre au

ne pouvant déléguer les fonctions de ministère public qu'à l'un des agents ayant la qualité officielle déterminée par l'article 144, la cessation des fonctions à raison desquelles la délégation a été faite met nécessairement fin à la délégation.

[16] Cass., 3 juin 1892 (S. 92. 1. 471; D. 93. 1. 512); 9 déc. 1893 (S. 94. 1. 108).

[17] Avant la loi de 1873, les conseillers municipaux n'avaient, en aucun cas, qualité pour remplir les fonctions du ministère public près le tribunal de police. Voy. Mangin, *Act. publ.*, t. 1, n° 101; Cass., 10 sept. 1835 (S. 35. 1. 919). Aujourd'hui, les conseillers municipaux sont investis du droit de fonctionner dans ce rôle, mais à la condition absolue d'observer l'ordre déterminé par la loi. Ainsi est nul le jugement du tribunal de police, en cas d'empêchement des officiers appelés, soit de plein droit, soit par la désignation du procureur général, lorsque les fonctions du ministère public ont été remplies par un membre du conseil municipal délégué par le maire, bien qu'il ne fût pas le premier dans l'ordre du tableau, et sans que le jugement ait constaté l'empêchement de ceux qui le précédaient : Cass., 18 janv. 1877 (S. 77. 1. 392); 3 juin 1892, précité.

Digitized by Google

procureur général d'écarter des fonctions de ministère public, s'il en est besoin, les maire et adjoints du chef-lieu qui ont cessé d'être nommés par le pouvoir central[18].

Quelle que soit, du reste, l'origine de leur désignation, les agents qui exercent l'action publique devant le tribunal de police ont reçu cette mission de la loi même et ne sont, comme officiers du ministère public près ce tribunal, les délégués de personne, pas même du procureur général. Les actes de procédure sont faits en leur nom : eux seuls ont qualité pour poursuivre et requérir[19]; et si leurs supérieurs hiérarchiques (procureur général et procureur de la République) ont, sur ces officiers, un pouvoir de direction et de surveillance, ces mêmes supérieurs ne pourraient se substituer à eux pour exercer l'action publique devant le tribunal de police.

II. Près les tribunaux de première instance, les cours d'appel et la Cour de cassation, il existe un *parquet*, expression qui désigne, par voie dérivée, la réunion des magistrats qui exercent le ministère public près d'une même juridiction. Autrefois, les sièges des membres du ministère public étaient placés sur la planche même de la salle d'audience, au pied de l'estrade, où siégeaient les juges. D'où l'origine de l'expression « parquet[20] ».

Chacun des groupes qui composent le parquet forme une

[18] Est également nul le jugement rendu en présence du second suppléant de la justice de paix, qui n'avait pas qualité pour remplacer le premier suppléant désigné par le procureur général : Cass., 10 févr. 1888 (S. 88. 1. 343); 2 mars 1894 (S. 94. 1. 254).

[19] La poursuite à la requête d'un agent n'ayant pas qualité pour remplir les fonctions du ministère public serait incontestablement nulle et le tribunal devrait le déclarer d'office. — Comp. Cass., 9 mai 1891 (D. 91. 1. 393); 10 mars 1892 (D. 93. 1. 267); 3 juin 1892 (D. 93. 1. 512).

[20] Voy. Ferrière, *Dict.*, v° *Parquet*. Dans une lettre à Gaillard, du 23 janv. 1769, Voltaire écrit : « Les parquets de province se sont mis depuis quelque temps à écrire beaucoup mieux que le parquet de Paris ». Conf. Littré, *Dict.*, v° *Parquet*. On donne indifféremment le nom de parquet, soit à l'ensemble des magistrats du ministère public attachés à une juridiction, soit à la place que ces magistrats occupent dans une audience, soit enfin au local qui leur est réservé dans chaque palais de justice.

Digitized by Google

unité morale qui s'incarne en son chef. C'est à ce dernier seul qu'est délégué, par la loi, l'exercice de l'action publique. Les autres membres du groupe, quel que soit leur titre, ne sont que ses substituts [21]. C'est là une règle générale, sans exception.

A. Le parquet de la cour d'appel se compose du procureur général de la République près la cour d'appel, des avocats généraux et des substituts du procureur général (L. 20 avr. 1810, art. 6). Il y a autant d'avocats généraux que de chambres, moins une : l'un des avocats généraux est, en effet, attaché tout à la fois à la chambre des mises en accusation et à une autre chambre, sauf à Paris, où il y a sept avocats généraux et neuf chambres (D. 6 juill. 1810, art. 46; D. 28 mars 1863, art. 2; L. 30 août 1883, art. 2 et tableau A). Quant au nombre des substituts, il dépend de l'importance de la cour (D. 6 juill. 1810, art. 47; O. 1er août 1821, art. 1; D. 12 déc. 1860, art. 1; L. 30 août 1883, art. 2 et tableau A).

Toutes les fonctions du ministère public sont spécialement confiées au procureur général. Il est le chef du ministère public dans tout le ressort de la cour, et les pouvoirs, confiés à cette magistrature, ne sont exercés que par lui, ou sur son ordre et en son nom : 1° Il a, sur ses subordonnés, une *action disciplinaire*; 2° Il a, dans le ressort, la *direction* de l'action publique; 3° Il est *personnellement* chargé de l'exercice de cette action auprès de la cour d'appel, et auprès des cours d'assises de son ressort; 4° Enfin, il *porte la parole* aux assemblées générales et aux audiences solennelles de la cour, et la porte aussi aux audiences des chambres de la cour ou des cours d'assises de son ressort quand il le juge utile (L. 20 avr. 1810, art. 45).

Le procureur général exerce ses fonctions, par rapport à l'action publique, de deux manières : 1° *Par voie de commandement à ses subordonnés :* il donne aux procureurs de la République tous les ordres qu'il juge convenables, relativement à la poursuite; 2° *Par voie d'action directe :* soit en faisant des actes qui rentrent dans sa compétence exclusive (par exemple

[21] Sur ce point : Mangin, *op. cit.*, t. 1, nos 92 à 94.

Digitized by Google

en saisissant les cours d'assises de son ressort), soit en faisant des actes qui rentreraient dans la compétence de ses subordonnés et que ceux-ci ont omis de faire (par exemple, en interjetant appel des jugements rendus par le tribunal correctionnel).

Les fonctions des avocats généraux consistent à suppléer, par rang d'ancienneté, le procureur général empêché, à diriger, sous son autorité et sa surveillance, les différents services administratifs du parquet, et surtout à porter la parole aux audiences des chambres auxquelles il sont attachés suivant un roulement annuel. On dit, en effet, que chaque avocat général a sa chambre, en ce sens que, pendant toute l'année, il en fait le service (D. 30 mars 1808, art. 82; D. 6 juill. 1810, art. 42, 44 et 50). Mais les avocats généraux ne sont, malgré leur titre, que les substituts les plus élevés du procureur général : la loi du 20 avril 1810 le dit expressément (art. 6). D'où il suit : 1° Que les rapports des avocats généraux et du procureur général ne sont plus aujourd'hui ce qu'ils étaient autrefois : on admettait généralement [22], dans notre ancien droit, que le procureur général avait la plume, c'est-à-dire la direction du parquet, la surveillance et la discipline de ses subordonnés, l'exercice des poursuites criminelles, mais que les avocats généraux portaient seuls la parole aux audiences. En ce sens et grâce à ces attributions distinctes, le procureur général et les avocats généraux étaient presque des égaux. Cette égalité et cette indépendance des fonctions, dataient de l'origine du ministère public, les procureurs du roi ayant été institués pour veiller à l'exacte distribution de la justice, les avocats du roi, pour parler en son nom dans les procès. Il n'en est plus de même aujourd'hui : les avocats géné-

[22] C'était, du moins, la règle aux parlements de Paris et de Bretagne; mais elle n'était pas suivie partout. Au parlement de Bordeaux, par exemple, le procureur général avait à la fois la parole et la plume. Dans les parlements où la division des fonctions existait, les avocats généraux n'avaient aucune part à l'exercice des poursuites criminelles; en effet, la procédure était secrète et se faisait tout entière hors de l'audience. Voy. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 1, n° 325 et suiv.

Digitized by Google

raux n'ont pas de pouvoir propre, ils n'exercent leurs fonctions que sous la direction du procureur général qui peut toujours porter la parole, quand il le juge convenable, aux audiences où siège d'ordinaire un avocat général; 2° Le procureur général peut également changer la destination des avocats généraux en vue d'une affaire déterminée [12]. Par exemple, il arrive quelquefois que le procureur général délègue un de ses avocats généraux pour porter la parole dans une affaire d'assises qui se juge ailleurs qu'au chef-lieu du ressort.

Les substituts du procureur général sont placés immédiatement au-dessous des avocats généraux dans l'ordre hiérarchique, mais sans rapport de subordination des uns aux autres. Il résulte, en effet, des textes qui les instituent, qu'ils sont plus spécialement chargés, sous la surveillance *immédiate* du procureur général, du service intérieur du parquet, de l'examen et du rapport des mises en accusation et de la rédaction des actes d'accusation (L. 20 avr. 1810, art. 6; D. 6 juill. 1810, art. 48 et 51).

Les avocats généraux et les substituts se remplacent réciproquement en cas d'empêchements des uns ou des autres (D. 6 juill. 1810, art. 52). Du reste, le procureur général, qui répartit le service entre ses subordonnés, peut changer, s'il le juge à propos, la destination qu'il a donnée à chacun de ses agents. Il est, en résumé, le grand chef dans le ressort.

B. Le parquet d'un tribunal d'arrondissement se compose du *procureur de la République* et de ses *substituts*, souvent appelés, en style d'audience, les avocats de la République (L. 20 avr. 1810, art. 6 et 43). Le nombre de ces derniers varie suivant l'importance du tribunal; il y en a un, dans les tribunaux d'une chambre; deux, dans ceux de deux chambres; quatre, dans ceux de trois chambres; vingt-huit, à Paris (D. 10 août 1810, art. 16; L. 21 juill. 1875, art. 3; L. 30 août 1883, art. 5). Quelques tribunaux n'en ont même pas depuis la réforme judiciaire de 1883. Aussi, l'article 6 de la loi du

[12] Personne n'a mieux exposé cette situation que Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 93.

Digitized by Google

30 août 1883 confère au procureur général le droit de déléguer temporairement un substitut ou un juge suppléant pour remplir, auprès d'un *autre tribunal* que celui de sa résidence, les fonctions du ministère public.

Le procureur de la République a un double caractère. Il est le subordonné du procureur général pour l'exercice de l'action publique. Mais si, en cette qualité, il est tenu d'exécuter les ordres de son chef et de suivre la direction qu'il lui donne, c'est de la loi même qu'il tient la délégation directe de l'action publique pour la poursuite des crimes et délits commis dans son arrondissement (C. instr. cr., art. 22); il l'exerce donc en son propre nom, il en est personnellement investi. C'est donc exclusivement à sa requête que sont saisis le juge d'instruction et le tribunal correctionnel[24]. Mais, à la cour d'assises, le procureur de la République n'est que le délégué du procureur général.

Les substituts du procureur de la République sont chargés, sous la direction immédiate de ce magistrat, de porter la parole aux audiences civiles et correctionnelles du tribunal d'arrondissement, et aux audiences de la cour d'assises qui se tient dans les lieux où ne siège pas la cour d'appel, et d'assister le procureur de la République dans le service intérieur du parquet.

Leurs attributions sont donc analogues à celles des avocats généraux et des substituts du procureur général (D. 30 mars 1808, art. 82; L. 20 avr. 1810, art. 43; D. 18 août 1810, art. 19 à 21)[25].

[24] On disait autrefois que les procureurs du roi près les sièges inférieurs étaient les substituts du procureur général près le parlement. Cette expression a été légalement conservée par la loi du 20 avril 1810 d'après laquelle (art. 6) « le procureur général a des substituts pour les tribunaux de première instance ». L'article 43 ajoute que « les fonctions du ministère public « sont exercées dans chaque tribunal de première instance par un substitut « du procureur général qui a le titre de procureur de la République ». Mais cette expression n'est pas rigoureusement exacte, puisque l'action publique est directement déléguée au procureur de la République.

[25] On a soutenu que les substituts avaient un pouvoir propre et distinct de celui du procureur de la République pour exercer l'action publique en ce

Digitized by Google

C. Le parquet de la Cour de cassation se compose du procureur général de la République, des avocats généraux et du secrétaire général. Les avocats généraux sont au nombre de six, deux attachés à chaque chambre.

Le secrétaire général remplace les substituts qu'il n'a pas paru nécessaire d'instituer près la Cour de cassation, à raison du peu d'importance du service administratif.

Aucun texte spécial ne prévoit le remplacement de membres du parquet de la Cour de cassation qui se trouveraient empêchés, mais, par analogie de l'article 84 du Code de procédure civile, la Cour commettrait un conseiller à cet effet.

Le procureur général est le chef du parquet de la Cour de cassation : les avocats généraux ne sont que ses substituts (O. 15 janv. 1826, art. 45 et 46).

Il est chargé des mêmes fonctions administratives que les procureurs généraux près les cours d'appel : il porte, en outre, la parole aux assemblées générales de la Cour de cassation, aux audiences solennelles et à celles des chambres quand l'importance de l'affaire mérite son intervention personnelle, ce qu'il lui appartient exclusivement de juger. En effet, les avocats généraux, qui assistent le procureur général dans le service intérieur du parquet et qui portent la parole, en son nom, aux audiences de la chambre à laquelle ils sont attachés, peuvent toujours être l'objet d'un changement de destination en vue d'une affaire déterminée (O. 15 janv. 1826, art. 47 et 48). Le secrétaire général est exclusivement chargé de la correspondance et du service administratif : il est nommé par le procureur général et révocable par lui (L. 17 vent. an VIII, art. 99).

qui concerne les crimes et délits commis dans l'arrondissement. On s'est appuyé sur l'article 9 du Code d'instruction criminelle, et sur l'article 43 de la loi du 20 avril 1810. Mais ces textes ne sont pas suffisamment explicites et ils sont, du reste, contredits par l'article 22 du Code d'instruction criminelle, qui accorde le pouvoir propre au procureur de la République, combiné avec l'article 26, qui l'accorde, « en cas d'empêchement, au substitut le plus ancien ». Il ne faut donc pas hésiter à reconnaître aux substituts de première instance le caractère même des substituts d'appel. Les uns et les autres sont sans pouvoir propre.

Digitized by Google

Ce qu'il importe, avant tout, de remarquer, c'est que, en général, le rôle du parquet de la Cour de cassation, au point de vue de l'action publique, est tout différent de celui des autres parquets. Sauf dans des cas exceptionnels, le pourvoi qui saisit la Cour de cassation n'est ni formé ni dirigé par le procureur général près cette Cour, mais par les parties qui attaquent la décision des juges du fait. Le ministère public près la Cour de cassation n'intervient que comme partie jointe et pour conclure à l'admission ou au rejet du pourvoi.

88. Près de chaque juridiction *déterminée*[26], le ministère public constitue un groupe de magistrats, considéré comme *indivisible*[27]. En effet, devant quelque tribunal, et par quelque officier qu'il s'exerce, le ministère public représente toujours une seule et même personne en instance : la *Société* ou l'*État*[28]. Et, de même que, dans une association en nom collectif, chaque associé, qui se sert de la signature sociale, engage la personne morale de la société, de même tout acte, fait, *dans la mesure de ses pouvoirs*, par un des magistrats du ministère public qui composent le parquet, est réputé fait par

[26] Il ne faudrait pas conclure de l'indivisibilité du ministère public que les officiers qui l'exercent se représentent à quelque juridiction qu'ils appartiennent. En effet, tous les officiers du ministère public ne sont pas indistinctement compétents pour exercer l'action publique, puisque chacun ne peut agir que dans l'étendue de son ressort. Ainsi, l'acte de poursuite du procureur de la République qui ne serait celui ni du lieu du délit, ni du domicile du prévenu, ni du lieu où celui-ci a été arrêté, n'interromprait pas la prescription de l'action publique, car l'officier d'un parquet, incompétent pour poursuivre, ne représente pas les officiers des autres parquets qui sont compétents.

[27] La maxime de l'indivisibilité du ministère public est reproduite de l'ancienne jurisprudence. Il ne faut pas exagérer sa portée. Nous avons déjà vu, à la note précédente, qu'elle ne s'appliquait qu'aux membres d'un même parquet (Voy. cependant Garsonnet, *op. cit.*, § 71, p. 284). D'un autre côté, le parquet ne saurait être engagé que par l'acte valable d'un de ses membres. Voy. Haus, *op. cit.*, t. 2, n° 1119.

[28] Aussi, dans certains pays étrangers, par exemple, en Allemagne, en Autriche, le fonctionnaire du ministère public est qualifié officiellement de *procureur d'État*.

Digitized by Google

le parquet entier, car, à la pluralité des membres, correspond, l'*indivisibilité* de la fonction. En conséquence : 1° La personnalité des individus exerçant le ministère public disparaît dans l'institution, et il importe peu que la poursuite ait été introduite par l'un, continuée et soutenue par d'autres : les divers membres du ministère public peuvent donc se remplacer les uns les autres dans le cours du même procès, à la différence des magistrats appelés à juger[29]. 2° Tout membre d'un parquet est apte à faire tous les actes que pourrait faire le chef du parquet. Cette aptitude n'implique pas, d'ailleurs, de pouvoir propre, car les avocats généraux et les substituts ne sont que les délégués de leur chef et n'agissent qu'en vertu de son consentement exprès ou tacite. Ce consentement est supposé jusqu'à désaveu formel. 3° Les membres d'un parquet se substituant les uns les autres, il suffit qu'un seul soit libre pour qu'on ne soit pas obligé de pourvoir au remplacement du ministère public, soit par des juges suppléants (L. 10 déc. 1830, art. 3), soit, à défaut de ces derniers, par un magistrat que la cour ou le tribunal désigne parmi ses membres.

89. En effet, la loi a dû prévoir le cas où les membres ordinaires du parquet ne suffiraient pas à l'expédition des affaires administratives ou au service des audiences. Il y a lieu alors de remplacer le ministère public absent ou empêché. Mais ce

[29] Comp. : Cass., 10 mai 1875 (S. 75. 1. 292); 29 janv. 1879 (D. 79. 1. 76); 16 janv. 1894 (S. 95. 1. 97, D. 94. 1. 247) et les renvois. Voy. Massabiau, *op. cit.*, t. 1, p. 3; Garsonnet, *op. cit.*, § 173; Périer, *Revue critique*, 1865, t. 27, p. 507. De cette idée que la personnalité des membres du ministère public, disparaît, absorbée par l'institution, résultent : 1° Cette forme de langage « nous concluons, nous requérons », dont se sert, soit qu'il parle, soit qu'il écrive, chaque agent du ministère public; 2° Cette règle observée soit par les substituts du procureur général soit par les substituts du procureur de la République de signer chacun de leurs actes « pour le procureur général ou pour le procureur de la République »; 3° Cet usage qui s'observait aux audiences solennelles et qui paraît, depuis quelques années, tomber en désuétude : lorsqu'un membre du parquet se lève pour donner des conclusions, tous ceux qui prennent rang après lui sont debout comme pour attester qu'il parle en leur nom.

Digitized by Google

remplacement ne s'opère pas de la même manière devant le tribunal et devant la cour. *a*) Si le procureur de la République a besoin de collaborateurs, il peut demander qu'un ou plusieurs juges suppléants soient attachés d'une manière permanente à son parquet (L. 10 déc. 1830, art. 3); c'est à lui qu'il appartient de les désigner[30]. Depuis la loi du 30 août 1883 qui a supprimé un certain nombre de postes de substituts, le procureur général a même le droit de déléguer temporairement, pour en remplir les fonctions, un juge suppléant ou un substitut d'un autre tribunal du ressort (art. 6). *b*) Les parquets des cours d'appel sont assez nombreux pour qu'on n'ait pas eu à prévoir cette éventualité et à organiser un corps de magistrats remplissant, d'une manière permanente ou temporaire, mais subsidiaire, les fonctions du ministère public. Là il ne peut être question que de remplacer, à l'audience ou ailleurs, un membre du parquet momentanément empêché. Ce cas est prévu par l'article 84 du Code de procédure civile[31]. S'il se produit dans une cour d'appel, le ministère public est exercé par un conseiller désigné par la cour. S'il se produit dans un tribunal de première instance, le ministère public est exercé par un juge titulaire, désigné par le tribunal (C. instr. cr., art. 26; D. 18 août 1810, art. 20)[32]. Dans tous les cas, on appelle,

[30] Cass., 31 juill. 1837 (D. A., v° *Ministère public*, n° 27). Les juges suppléants sont aptes, du reste, en vertu de leur qualité propre, à remplir les fonctions du ministère public. Ils n'ont donc pas besoin d'être délégués à ces fonctions par le tribunal. Ici ne s'applique pas l'article 26 du Code d'instruction criminelle. Comp. Cass., 16 juin 1883 (S. 86. 1. 143).

[31] Ce texte abroge l'article 26 de la loi du 27 ventôse an VIII; il a été lui-même temporairement modifié par les articles 51 et 52 du décret du 6 juillet 1810, 21 et 22 du décret du 18 août 1810, qui créaient les conseillers-auditeurs et les juges-auditeurs et les appelaient, le cas échéant, à remplacer les membres du ministère public. Mais la loi du 10 décembre 1830, ayant supprimé ces deux classes de magistrats, l'article 84 du Code de procédure civile, a repris vigueur. La jurisprudence décide, avec raison, que, bien qu'il ne soit question, dans ce texte, que des juges, et que les membres de cour d'appel, portent le titre de conseillers, la disposition est applicable aussi bien aux cours d'appel qu'aux tribunaux de première instance (Cass., 30 déc. 1850, D. 51. 1. 85; 25 nov. 1861, D. 62. 1. 131).

[32] La loi du 27 ventôse an VIII voulait que ce choix se portât sur le juge

Digitized by Google

faute de conseiller, de juge titulaire ou suppléant disponible, un avocat, et, à son défaut, un avoué, en suivant, pour l'un comme pour l'autre, l'ordre du tableau (L. 22 vent. an XII, art. 30)[33]. *c*) Une distinction s'impose au point de vue de la régularité du jugement dans tous ces cas. Si le siège du ministère public est tenu par un conseiller, un juge titulaire ou un suppléant, il n'est pas nécessaire que le jugement relate l'empêchement, à peine de nullité; il s'agit, en effet, d'un magistrat emprunté à la juridiction même, et la mission qui lui est confiée fait présumer l'empêchement qui l'y a fait appeler[34]. Mais quand un avocat ou un avoué remplit accidentellement les fonctions de ministère public, il faut alors, à peine de nullité, que le jugement indique deux choses : l'empêchement même du procureur de la République, de ses substituts et des membres titulaires ou suppléants de la cour ou du tribunal; l'ordre suivi parmi les avocats et les avoués[35].

§ XIV. — DES ATTRIBUTIONS DU MINISTÈRE PUBLIC AU POINT DE VUE DE L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE.

90. La disposition, l'exercice et la mise en mouvement de l'action publique. Droits du ministère public, des particuliers et des tribunaux. — 91. Fonctions, en ce qui concerne l'exercice de l'action publique des divers membres du ministère public. — 92. Le ministère public ne peut être récusé en matière répressive. — 93. De la responsabilité du ministère public et des conditions dans lesquelles elle peut exister et s'exercer.

90. Il importe, pour se rendre compte des droits que le ministère public, les particuliers et les tribunaux ont, en

le dernier nommé (art. 26) : mais l'article 84 ne reproduit pas cette prescription, et, par suite, n'impose pas de l'observer sous peine de nullité (Cass., 13 mai 1878, D. 79. 1. 68). L'article 26 du Code d'instruction criminelle, décidant que le juge sera commis par le président, a été également modifié par l'article 20 du décret du 18 août 1810.

[33] Ce texte est ainsi conçu : « A compter du 1er vendémiaire an XII, les avocats, selon l'ordre du tableau, et, après eux, les avoués, selon la date de leur réception, seront appelés, en l'absence des suppléants, à suppléer les juges, les commissaires du gouvernement et leurs substituts ». Voy. sur ce point : Garsonnet, *op. cit.*, 2e éd., § 180.

[34] Cass., 28 nov. 1876 (D. 77. 1. 62); 31 juill. 1894 (D. 95. 1. 142).

[35] Cass., 6 juill. 1871 (D. 71. 1. 304); 27 déc. 1893 (S. 94. 1. 128). Comp. Garsonnet, *op. cit.*, § 180, t. 1, p. 299.

Digitized by Google

France, sur l'action publique, de distinguer trois choses : la *disposition,* l'*exercice* et l'*impulsion* de cette action.

I. Au premier point de vue, l'action publique n'*appartient* pas, comme le dit l'article 1er du Code d'instruction criminelle, « aux fonctionnaires à qui elle est confiée par la loi ». La Société seule ayant le droit de punir, c'est à la Société seule qu'appartient l'action qui a pour objet la punition du coupable. La Société en délègue seulement l'*exercice* à des fonctionnaires ou à certaines administrations publiques, qui la représentent à ce point de vue, et notamment, en règle générale, à un corps judiciaire, institué dans ce but, et désigné collectivement sous le nom de *ministère public* [1]. De ce principe découlent diverses conséquences; elles se ramènent toutes à cette idée, que les fonctionnaires du ministère public n'ont pas la faculté de *disposer* de l'action publique, soit avant de l'avoir intentée, soit après l'avoir mise en mouvement. Seule, la Société peut renoncer à l'action publique : elle exerce ce droit en accordant une *amnistie,* ou en édictant, dans les lois de *prescription,* qu'après un certain temps, un délit ne pourra plus être poursuivi.

En pratique, les corollaires à tirer de ce principe se ramènent à trois. 1° Le ministère public, à la différence des parties lésées (C. civ., art. 2046; C. instr. cr., art. 4), n'a pas le droit

§ XIV. [1] La délégation des magistrats du ministère public porte, en effet, sur l'exercice de l'action. Le Code du 3 brumaire an IV, disait, dans l'article 31, plus exactement que le Code de 1808 : « L'action publique *appartient* essentiellement au peuple. Elle est *exercée* en son nom par des fonctionnaires spéciaux établis à cet effet ». Le Sellyer (*Act. publ. et civ.*, t. 1, 70) est le seul auteur qui soutienne que la rédaction de l'article 1er du Code d'instruction criminelle est intentionnelle. Il en tire cette conséquence que le ministère public est le maître absolu de l'action publique, et, par suite, que les parties lésées ne peuvent en saisir une juridiction pénale sans son assentiment. Cette proposition est certainement inexacte. L'erreur de rédaction que nous signalons a été corrigée par les articles 1 et 3 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale belge. Voy. sur la question, Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 2, n° 577; Ortolan, *op. cit.*, t. 2, n° 1673. Cet auteur, comparant la rédaction du Code d'instruction criminelle de 1808 avec celle du Code de l'an IV, dit : « Le langage de la loi a changé, mais la vérité reste, avec ses conséquences juridiques ».

Digitized by Google

de *transiger* ni avant ni après les poursuites commencées et moins encore après la condamnation prononcée, c'est-à-dire qu'il n'a pas le droit de *convenir* avec le délinquant qu'il ne le poursuivra pas si celui-ci exécute certaines prestations, s'il indemnise sa victime, par exemple, s'il fait une aumône, etc.[1]. 2° Le ministère public ne peut, par un *désistement*, arrêter les suites, soit de l'action qu'il a intentée, soit du recours qu'il a formé[2]. Sans doute, après avoir commencé les poursuites, il peut reconnaître, à la suite de l'instruction préparatoire ou des débats, que son action est sans fondement et requérir le renvoi d'instance du prévenu ou de l'accusé, car il a le droit et le devoir de ne s'inspirer, dans ses réquisitions, que de sa conscience et de l'intérêt de la vérité; mais, par ses conclusions favorables au prévenu ou à l'accusé, il ne dessaisit pas et ne peut pas dessaisir les juges de l'action qu'il leur a soumise. L'effet propre d'un désistement valable serait d'amener ce résultat; tandis que les juges ont le *droit* et le *devoir* de statuer sur l'action publique dès qu'ils en sont saisis, et par cela même qu'ils en sont saisis[4].

[2] Voy. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 2, n° 576.

[3] Jurisprudence constante. Voy. par exemple : Cass., 29 déc. 1872 (D. 72. 5. 141); 25 janv. 1873 (D. 73. 1. 168); 4 avr. 1879 (D. 81. 1. 90). La Cour de cassation décide même que le ministère public ne peut, après s'être pourvu en cassation contre un jugement, se désister de son pourvoi : Cass., 21 juin 1877 (S. 78. 1. 46).

[4] Laborde (*op. cit.*, p. 437, note 1) critique notre manière de voir. *a*) La proposition déclarant nul le désistement du ministère public n'ajouterait rien d'abord à celle qui déclare nulle sa renonciation. — C'est inexact, car autre chose est la renonciation à un droit, autre chose le désistement de l'action basée sur ce droit. Un tuteur ne peut pas renoncer, transiger pour son pupille sans l'accomplissement de certaines formalités. Le désistement est l'abandon de l'instance; la renonciation, l'abandon de l'action. *b*) Cette proposition, ajoute-t-on, donnerait une idée fausse du désistement en le présentant comme éteignant l'action, tandis qu'il n'éteint que l'instance. — Mais l'impuissance où se trouve le ministère public d'éteindre l'instance tient précisément à son impuissance de disposer de l'action. Les parties lésées peuvent, en effet, se désister (C. instr. cr., art. 67), précisément parce qu'elles sont maîtresses de leur action. *c*) Enfin, on prétend que l'impossibilité pour le ministère public de se désister serait un effet de la participation des juri-

Digitized by Google

3° Enfin, le ministère public n'a pas la faculté, par un acquiescement exprès ou tacite, de *renoncer* d'avance aux voies de recours qui lui sont ouvertes. En conséquence, il peut attaquer, par la voie de l'appel ou du pourvoi en cassation, un jugement rendu conformément à ses conclusions. La signification faite au condamné du jugement, avec sommation de l'exécuter, n'enlève pas au ministère public le droit de se pourvoir, tant que les délais ne sont pas expirés. Enfin, le procureur général a le droit d'interjeter appel d'un jugement correctionnel, bien que le procureur de la République ait laissé passer le délai qui lui est donné pour appeler, ou ait consenti à l'exécution (C. instr. cr., art. 205)[5].

Cette conception rigoureuse est celle de la « *légalité* », opposée à celle de l' « *opportunité* » de l'action publique[6]. Elle se résume dans les deux propositions suivantes : 1° C'est une obligation pour le ministère public d'exercer l'action pénale, toutes les fois du moins que, dans sa conscience, il estime être en présence d'un délit; 2° Une fois l'action mise en mouvement, il est impossible au ministère public d'entraver la marche du procès par un retrait de l'accusation.

II. L'*exercice* de l'action publique comprend tous les actes qui sont nécessaires pour obtenir la *prononciation d'une peine contre l'auteur d'une infraction*. L'action publique n'est déléguée, dans sa plénitude, en règle générale, qu'au ministère public : celui-ci l'exerce : 1° En saisissant les juridictions d'instruction ou de jugement compétentes pour en connaître; 2° En dirigeant, devant ces juridictions, par ses réquisitions, les mesures d'instruction qu'il y a lieu de prendre; 3° En re-

dictions pénales à l'exercice de l'action publique. — Nous ne comprenons pas cette objection. Les tribunaux participent à l'exercice de l'action publique en la jugeant, comme le ministère public en l'exerçant. Mais, en principe, celui qui exerce l'action peut, en se désistant, empêcher le tribunal de juger, et c'est précisément cette faculté qui n'appartient pas au ministère public.

[5] Cass., 20 oct. 1899 (S. 1901. 1. 432).

[6] Expressions allemandes, Holtzendorff, *Rechtslexikon*, v° *Opportunitats princip.*

Digitized by Google

quérant, devant elles, l'application des peines édictées par la loi; 4° Enfin, en formant un appel ou un pourvoi en cassation contre tout jugement ou arrêt qui lui paraît devoir être réformé ou annulé.

III. L'action publique, comme toute autre action, est *mise en mouvement* par tout acte dont l'effet est d'en saisir légalement le juge. D'où il suit que le droit d'exercer l'action publique, implique le droit de la mettre en mouvement. Mais, à l'inverse, le droit de la mettre en mouvement n'implique pas nécessairement le droit de l'exercer. Le ministère public a seul, en principe, l'exercice de l'action publique, c'est-à-dire le droit de commencer le procès et de le conduire jusqu'au jugement irrévocable : mais d'autres que lui ont le droit de mettre cette action en mouvement, c'est-à-dire de commencer le procès, en saisissant le juge qui doit en connaître. Le principe et la mesure de la participation des *particuliers* et des *tribunaux* dans le procès pénal doivent être ainsi formulés : 1° D'un coté, les personnes lésées par l'infraction ont le droit de saisir les juridictions de répression de l'action publique, afin de mettre ces juridictions en mesure de statuer sur leur action civile qu'elles peuvent poursuivre « en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique » (art. 3)[7]; 2° D'un autre côté, les juridictions pénales ont le droit, tantôt de se saisir elles-mêmes d'une infraction de leur compétence, comme en cas de crime ou de délit commis à leur audience (*poursuite d'office*), tantôt de saisir de la poursuite une autre juridiction, comme en cas d'ordonnance ou d'arrêt de renvoi (*droit d'impulsion*).

Mais, dans les cas mêmes où l'initiative du procès ne lui appartient pas, c'est le ministère public qui exerce l'action publique en accomplissant *tous les actes*, autres que la mise en mouvement, qui seront nécessaires pour la faire aboutir, c'est-à-dire pour faire juger le procès pénal. Toutes les fois donc que l'on sépare le droit de mettre l'action publique en mouvement

[7] Raoul de la Grasserie, *De la participation de la personne lésée à l'action publique* (*Rev. crit.*, 1896, p. 629).

Digitized by Google

du droit d'exercer cette action, le premier se borne à la faculté de commencer la poursuite en saisissant le juge, tandis que le second consiste dans le pouvoir de poursuivre l'action jusqu'à ce qu'elle soit épuisée par une décision passée en force de chose jugée.

Le ministère public agit toujours par voie d'action en matière répressive; on dit, par suite, qu'il est *partie principale* dans le procès pénal, pour exprimer qu'il joue, dans ce procès, le rôle de demandeur. En matière civile, au contraire, le ministère public agit, presque toujours, par *voie de réquisition*, c'est-à-dire qu'il intervient pour conclure dans un procès déjà pendant et qu'il n'a pas introduit; on dit alors qu'il est *partie jointe*[8], parce qu'il ne se mêle, à une instance dans laquelle il ne figure ni comme demandeur ni comme défendeur, que pour donner son avis sur la solution qu'elle comporte.

91. En ce qui concerne l'exercice de l'action publique, la situation et le rôle de chacun des membres du ministère public doivent être précisés.

I. Le commissaire de police, ou l'officier qui le remplace, a seul qualité pour exercer l'action publique devant le tribunal de simple police. D'une part, le procureur de la République ne saurait poursuivre un contrevenant, et la citation faite en son nom serait sans efficacité pour permettre au tribunal de juger. D'autre part, le commissaire de police agit en son nom et en sa qualité, sans être, à ce point de vue, le substitut ou l'auxiliaire du procureur de la République.

[8] Cette expression est, du reste, assez incorrecte. Elle porterait à faire croire que le ministère public doit se joindre à l'un ou à l'autre des plaideurs, à l'une ou à l'autre des *parties*. En réalité, le ministère public n'est ni un plaideur, ni une partie : il conclut, en pleine liberté, dans le litige tel qu'il été constitué par les parties. Du reste, le ministère public est parfois *partie* principale en matière civile, et il joue alors le rôle soit de demandeur soit de défendeur. La loi du 20 avril 1810 (art. 46) détermine ses pouvoirs dans deux paragraphes, dont le premier est clair, mais le second, très énigmatique. D'après la jurisprudence, cette dernière disposition donne au ministère public le droit d'agir en matière civile, d'une manière générale et malgré l'absence de tout texte spécial, toutes les fois que l'ordre public est intéressé. Voy. la jurisprudence dans Dalloz, A., Supplément, v° *Ministère public*, n° 56.

Digitized by Google

II. Celui-ci est l'agent de la poursuite dans son arrondissement. Il exerce cette fonction dans trois ordres de circonstances. D'abord, en requérant le juge d'instruction d'ouvrir une information. Puis, en citant devant le tribunal correctionnel, soit directement et sans instruction préalable, soit, après une instruction, en vertu d'une ordonnance ou d'un arrêt de renvoi. Dans ces divers cas, lui seul a qualité pour exercer l'action publique : il le fait en vertu d'une délégation de la loi et sans qu'on puisse le qualifier de substitut du procureur général. Ce haut magistrat n'a pas qualité pour saisir le juge d'instruction ou le tribunal correctionnel, et l'action exercée directement par le procureur général ne serait pas recevable. Enfin, le procureur de la République agit, comme substitut du procureur général et au nom de ce haut magistrat, devant la cour d'assises qui siège au chef-lieu de l'arrondissement où le procureur de la République exerce ses fonctions.

III. Le procureur général, bien qu'étant le chef de l'action publique dans le ressort, n'a qualité pour l'exercer que devant la cour d'appel ou les cours d'assises de son ressort.

IV. Enfin, le procureur général près la Cour de cassation n'a qualité pour former le pourvoi qui saisit la chambre criminelle que dans deux circonstances, s'il agit dans l'intérêt de la loi, ou s'il agit sur l'ordre du garde des sceaux.

92. Le ministère public ne peut être *récusé* quand il exerce l'action publique. Cette règle incontestable[9] résulte, non du Code d'instruction criminelle, qui ne s'explique pas sur ce point, mais du Code de procédure civile (art. 381), d'après lequel les causes de récusation admises pour les juges sont applicables au ministère public, lorsqu'il est *partie jointe*, et ne le sont pas, à l'inverse, lorsqu'il est *partie principale*. En effet, partie jointe, le ministère public est appelé seulement à donner un *avis* qui doit paraître désintéressé. Le tribunal peut

[9] Voy. Cass., 30 juill. 1847 (S. 47. 1. 863); 18 août 1860 (S. 61. 1. 400); 2 mai 1867 (S. 67. 1. 343); 1er août 1872 (S. 72. 1. 312), avec les notes et renvois. Voy. aussi, Cass., 6 juill. 1889 (S. 89. 1. 399); 6 mars 1897 (S. 97. 1. 536) et la note.

Digitized by Google

être enclin à le suivre. Partie principale, le ministère public est un plaideur ordinaire. Or, le ministère public est toujours partie principale dans le procès pénal. Et l'un des plaideurs ne peut pas récuser son adversaire. Si la règle est certaine, elle n'en est pas moins critiquable. Admettre le droit de récusation du ministère public en matière pénale, ne serait pas, en effet, permettre au prévenu de récuser le *procès*. La récusation, ne saurait porter que sur l'*individu* qui remplit les fonctions de ministère public : cet individu pouvant être remplacé par un autre membre du parquet ou par un juge délégué. Dans ces limites, admettre la récusation ne serait pas permettre au prévenu de récuser le procès lui-même, mais de récuser un des organes du ministère public dont il peut suspecter, à bon droit, l'impartialité. Le droit de récusation du ministère public est une institution qu'il est regrettable de ne pas trouver organisée dans la procédure française.

93. Le ministère public, s'il succombe dans la poursuite, ne peut être condamné ni aux dépens ni à des dommages-intérêts : *a*) *Aux dépens*, c'est-à-dire que le prévenu ou l'accusé relaxé ou acquitté et, par suite, renvoyé « sans dépens », ne peut obtenir la condamnation du ministère public au remboursement de ses frais de défense[10] ; *b*) *A des dommages-intérêts*, c'est-à-dire que, quelle que soit la légèreté de la poursuite, le ministère public ne peut être condamné, par le jugement même qui l'a rejetée, à une indemnité au profit de l'inculpé[11].

Cependant, les officiers du ministère public, qui commettent une faute dans l'exercice de leurs fonctions, et causent un dommage aux parties, sont tenus de le réparer. Mais cette responsabilité n'est pas absolue : elle dépend de la gravité des faits, et sa mise en cause est soumise à des formalités qui ont pour but de garantir l'indépendance des officiers du ministère public. Une distinction doit être faite entre deux situations. *a*) Si le fait commis par l'officier du ministère public

[10] Voy. par exemple, Cass., 13 mars 1896 (S. 96. 1. 544).

[11] Voy. sur la question : Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 118. Arg. de l'article 358, § 4 du Code d'instruction criminelle.

Digitized by Google

dans l'exercice de ses fonctions, constitue un crime ou un délit, la partie lésée peut d'abord provoquer des poursuites par une plainte adressée au procureur général ou au garde des sceaux. Lorsque des poursuites sont intentées, par suite de la plainte, ou d'office, la personne lésée a le droit de se constituer partie civile, soit devant le magistrat chargé de l'instruction, soit devant la cour qui doit connaître de l'affaire (C. instr. cr., art. 383 à 486)[12]. *b*) Si aucune poursuite n'est exercée ou si le fait dommageable ne constitue ni crime ni délit, la personne lésée ne peut obtenir de dommages-intérêts que par la voie de la prise à partie. On appelle ainsi l'action en dommages-intérêts qu'un particulier exerce contre un juge ou un officier du ministère public dans le but de le rendre responsable des fautes commises dans l'exercice de ses fonctions. Les cas, les conditions et les formes de la prise à partie sont déterminés par les articles 505 et suiv. du Code de procédure civile[13]. Ces dispositions ne désignent que les juges, mais elles sont applicables, soit aux officiers du ministère public qui sont membres de la juridiction, soit aux officiers de police judiciaire, même les plus infimes[14]. Les officiers du ministère public peuvent être pris à partie : 1° En cas d'inobservation des formalités prescrites pour les mandats de comparution, de dépôt, d'amener ou d'arrêt (C. instr. cr., art. 112) ; 2° En cas d'accusation devant la cour d'assises d'une personne qui n'y a pas été légalement renvoyée (C. instr. cr., art. 271) ; 3° En cas de dénonciation, jugée calomnieuse, d'un individu qui a été, sur le fait de cette dénonciation, traduit en cour d'assises et acquitté (C. instr. cr., art. 358) ; 4° En cas de dol, fraude ou concussion commis dans un acte quelconque

[12] Il faut excepter le fait de dénonciation calomnieuse ; ce fait, bien que constituant un délit (C. pén., art. 373), ne donne lieu qu'à la prise à partie. C'est ce qui résulte de l'article 358, § 4, du Code d'instruction criminelle, que nous citons dans le texte.

[13] Voyez sur cette action extraordinaire : Garsonnet, *op. cit.*, §§ 52 à 59.

[14] On ne peut demander de dommages-intérêts par la voie civile, aux officiers de police judiciaire, à raison des actes de leurs fonctions, sans recourir à la procédure de prise à partie. Comp. Nancy, 25 janv. 1884 (D. 85. 2. 63). Voy. du reste la note de M. Labbé sous Cass., 14 juin 1876 (S. 77. 1. 193).

Digitized by Google

de l'exercice du ministère public (C. proc. civ., art. 505, § 11). Les trois premiers cas sont les seuls où la loi autorise formellement à prendre à partie le ministère public; mais il faut admettre, par analogie, que ces cas ne sont pas limitatifs et doivent être complétés par le principe général de l'article 505 du Code de procédure. Du reste, les membres du ministère public ne doivent pas plus compte que les juges des actes, même dommageables, qu'ils ont commis de bonne foi, par excès de zèle[15]. Ce principe d'irresponsabilité est écrit, en ce qui les concerne, dans l'article 358 du Code d'instruction criminelle : « L'accusé acquitté pourra obtenir des dommages-intérêts « contre ses dénonciateurs, pour fait de calomnie; sans néan- « moins que les membres des autorités constituées puissent « être ainsi poursuivis à raison des avis qu'ils sont tenus de « donner, concernant les délits dont ils ont cru acquérir la « connaissance dans l'exercice de leurs fonctions, et sauf « contre eux la demande en prise à partie, s'il y a lieu ».

§ XV. — DE L'ACTION DES ADMINISTRATIONS PUBLIQUES DEVANT LES TRIBUNAUX DE RÉPRESSION.

94. Conception générale du rôle des administrations publiques qui exercent une action fiscale devant les tribunaux de répression. Cette participation au droit de poursuite n'appartient qu'à un certain nombre d'administrations. — 95. Administration des contributions indirectes. Action fiscale. Action publique ordinaire. Transaction. — 96. Des octrois. — 97. De l'administration des douanes. — 98. De l'administration des eaux et forêts. Délits forestiers. Délits de pêche fluviale. — 99. Administration des postes, des télégraphes et des téléphones. — 100. Des parties lésées par un délit fiscal. De leur droit devant les tribunaux de répression.

94. Certaines administrations publiques sont investies, soit d'une manière exclusive, soit en concours avec le ministère public ordinaire, de la poursuite des infractions qui lèsent les intérêts qu'elles sont chargées de sauvegarder.

Ces administrations constituent ainsi des *ministères publics spéciaux*.

[15] Voy. Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 118; Faustin Hélie, *Instr. crim.*, n° 598.

Digitized by Google

Leur droit sur l'action publique est même plus étendu que celui du ministère public ordinaire, car elles peuvent *disposer* de cette action, et, par suite, y *renoncer, se désister, transiger*. De sorte qu'il importe d'examiner, à propos de chacune de ces administrations : 1° dans quelle mesure et quelles conditions celle-ci exerce l'action publique; 2° si son droit de poursuivre est exclusif ou parallèle de celui du ministère public; 3° dans quelle mesure et à quelles conditions cette administration peut disposer de l'action publique.

L'idée essentielle qui domine la matière, c'est qu'il s'agit, la plupart du temps, par l'exercice de l'action publique, d'obtenir la condamnation du contrevenant à des peines pécuniaires, amendes ou confiscations, qui représentent, vis-à-vis de l'administration poursuivante, une sorte de *composition* fixée à forfait par la loi.

Le rôle de l'administration fiscale est aussi complexe que le caractère même de l'amende ou de la confiscation fiscale. On doit le rapprocher, à la fois, de celui de la partie lésée et de celui du ministère public. C'est une sorte d'*action publique fiscale* qu'exerce l'administration intéressée. Mais cette participation au droit de poursuite n'appartient qu'à un certain nombre d'administrations, celles des *contributions indirectes* et *octrois*, des *douanes*, des *eaux et forêts*, des *ponts et chaussées*, des *postes*. Toute autre administration serait sans qualité pour poursuivre la répression d'un délit dont la condamnation lui profiterait. L'article 1er du Code d'instruction criminelle est un principe général, auquel il ne peut être dérogé que par des dispositions expresses [1].

§ XV. [1] C'est ainsi que, bien que le produit des amendes et confiscations, légalement prononcées pour contraventions aux lois et règlements maritimes, soit affecté à la caisse des invalides de la marine, cet établissement n'a aucun droit d'exercer l'action publique pour la répression de ces contraventions, et, par exemple, de se pourvoir en cassation pour fausse application et insuffisance de la peine prononcée : Cass., 13 févr. 1852 (D. 52. 5. 376). — Sur l'ensemble de la question : Marcel Roger, *Le droit pénal fiscal*, Étude de législation financière fiscale (Th. doct., Montpellier, 1904); Salva, *Les délits fiscaux* (Th. doct., Paris, 1895).

Digitized by Google

95. L'*administration des contributions indirectes,* qui forme aujourd'hui une administration autonome, est dirigée, sous l'autorité du ministre des finances, par un directeur général.

I. Le tribunal de police correctionnelle, seul compétent pour connaître des infractions aux lois sur les contributions indirectes, est saisi à la requête, tantôt de l'administration, représentée par le directeur général, poursuites et diligences du directeur du département, tantôt du procureur de la République. 1° L'initiative des poursuites, en matière de contraventions passibles de peines pécuniaires, appartient à l'administration (D. 1er germ. an XIII, art. 19 et 23; L. 5 vent. an XII, art. 90)[2]. L'action du ministère public serait irrece-

[2] Sans doute, aucun texte ne donne formellement à l'administration des contributions indirectes l'exercice de l'action publique, mais son droit résulte assez directement de l'article 23 de l'arrêté du 5 germinal an XII, de l'article 10 de l'ordonnance du 3 janvier 1821, et enfin de différentes dispositions du décret du 1er germinal an XIII. Les premiers textes permettent à l'administration de *transiger* sur les contraventions fiscales : on en a conclu, à bon droit, que, pouvant arrêter l'action publique, l'administration pouvait l'exercer elle-même : car le droit d'empêcher l'application de la peine entraîne logiquement celui de l'exiger. Le décret du 1er germinal an XIII confirme cette induction en donnant aux commis de l'administration le droit de verbaliser (art. 23) et d'assigner le prévenu (art. 28), et en qualifiant, à diverses reprises, l'administration de *partie poursuivante* (art. 31, 34, 36). Enfin, la loi du 21 juin 1873 (art. 15) ne laisse aucun doute sur le droit de l'administration de poursuivre les contraventions aux lois sur les contributions indirectes. La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation n'a jamais varié sur cette question. Elle ne reconnaît pas au ministère public le droit de poursuite, qui appartient à la régie par délégation légale, à l'exclusion du procureur de la République, sauf le cas où la contravention est passible de l'emprisonnement, et quelques autres cas exceptionnels (par exemple, en matière de garantie : L. 17 brumaire an VI, art. 102). Faustin Hélie ne considère pas cette doctrine comme appuyée sur des textes précis et formels (*op. cit.*, t. 1, n° 503). Mais l'art. 15 de la loi du 21 juin 1873 et le rapport de la commission sur cette loi (S. *Lois annotées,* 1873, p. 421) font disparaître tout motif de douter. Comp. Cass., 11 déc. 1875 (S. 76. 1. 93); 10 juin 1882 (S. 84. 1. 246); 14 nov. 1883 (S. 85. 1. 449); 12 déc. 1885 (S. 87. 1. 86); 25 nov. 1892 (S. 93. 1. 591); 4 nov. 1898 (S. 1900. 1. 256) et la note. Conf. Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 41; Paul Bryon, *Journ. des Parq.*, 1889, p. 51.

Digitized by Google

vable[3], sauf le droit général qui lui appartient de requérir une information, sur la plainte de la régie, même quand les faits paraissent seulement susceptibles de condamnations pécuniaires[4]. 2° Mais il n'en est pas de même lorsque l'infraction est punie d'emprisonnement[5] : pour ce cas, il n'existe aucun texte enlevant au ministère public la délégation générale qui lui est donnée à l'effet de poursuivre les délits qui se commettent dans son arrondissement. Il faut en conclure, — et cette solution est confirmée par l'article 15 de la loi du 21 juin 1873 — que, dans ce cas, les procès-verbaux doivent être transmis au procureur de la République pour qu'il puisse saisir les tribunaux compétents. 3° Si l'action qui lui incombe est mise en mouvement, le procureur de la République saisit l'administration du jour où l'affaire doit être appelée, et celle-ci *assigne* ou *intervient*[6] pour prendre des conclusions sur l'application des peines pécuniaires. L'administration a, dans les poursuites intentées simultanément à sa requête et à la requête du ministère public pour le même fait, le rôle de *partie civile,* et il y a lieu, dès lors, d'appliquer la règle de

[3] L. 5 vent. an XII, art. 90; D. 1er germ. an XIII; L. 24 avr. 1806, tit. VII, art. 57.

[4] Cass., 10 juin 1882 (S. 84. 1. 246).

[5] Il en est ainsi : 1° en cas de fraude dissimulée sous vêtements ou à l'aide d'engins disposés pour le transport ou l'introduction des spiritueux à l'entrée des villes ou dans un certain rayon (L. 11 juin 1873, art. 15); 2° en cas de distillation ou de revivification, à Paris ou dans les villes soumises au régime prohibitif (L. 28 juin 1816, art. 46; L. 21 juin 1873, art. 15); 3° en matière de contravention aux lois relatives à la surveillance du titre des objets d'or ou d'argent et à la perception des droits de garantie (L. 19 brum. an VI, art. 102); 4° en matière de contravention à la loi des 14-15 août 1889, « ayant pour objet d'indiquer au consommateur la nature du produit livré à la consommation sous le nom de vins et de prévenir les fraudes dans la vente de ce produit » (Cass., 10 mai 1891, D. 92. 1. 193); 5° en matière de contravention à la loi du 8 mars 1875 sur la dynamite, qui est une loi de police et de sécurité publique. Comp. Cass., 12 janv. 1893 (S. 96. 1. 63).

[6] Il ne faut pas hésiter à reconnaître à l'administration le droit d'opter, comme toute autre partie civile, entre ces deux modes de saisine du tribunal correctionnel (C. instr. cr., art. 63). Voy. Cass., 16 juill. 1891 et 6 mai 1892 (S. 92. 1. 540; D. 92. 1. 312).

Digitized by Google

l'article 3 du Code d'instruction criminelle d'après laquelle les tribunaux de répression ne sont compétents pour statuer sur l'action civile qu'accessoirement à l'action publique[7]. Par conséquent, d'une part, il doit être statué, par un seul et même jugement, sur les deux actions (C. instr. cr., art. 161 et 189)[8], et, d'autre part, faute d'être intervenue dans les poursuites exercées par le ministère public, la régie n'est plus recevable, après le jugement auquel ont donné lieu ces poursuites, à réclamer, par action principale, la condamnation à des peines pécuniaires[9]. 4° Si le ministère public ne croit pas devoir poursuivre (car le principe de l'indépendance de son action s'applique en toute matière), l'administration peut saisir directement le tribunal correctionnel; mais elle n'a d'action et n'obtient de condamnation que relativement aux amendes et confiscations. Son rôle est alors plus difficile à préciser. Elle est, à la fois, ministère public et partie civile.

Ainsi, parmi les infractions aux lois sur les contributions indirectes, les unes sont purement *fiscales,* les autres ont un caractère *complexe*, en ce sens qu'elles intéressent, non seulement le Trésor, mais encore l'ordre public dont le ministère public a spécialement la garde. Si, dans le premier cas, l'administration a seule l'exercice de l'action fiscale, dans le second, les deux intérêts sont parallèlement représentés. Toutefois, à la base de cette double poursuite, il n'y a qu'un fait unique. D'où il suit : 1° que le ministère public, en intentant l'action, soumet au tribunal le fait tout entier, ce qui implique, pour le tribunal, le droit de prononcer la peine d'emprisonnement et la peine d'amende[10]; 2° que l'administration a bien le droit d'intervenir, mais sans pouvoir, après que le

[7] C'est là un principe certain et dont la jurisprudence a eu l'occasion fréquente de faire l'application. Voy. Cass., 19 nov. 1891 (S. 92. 1. 540; D. 92. 1. 312).

[8] *Sic*, Cass., 17 févr. 1888 (S. 90. 1. 138); Paris, 19 déc. 1888 (S. 89. 2. 193).

[9] Cass., 17 mars 1837 (S. 37. 1. 901).

[10] Cass., 17 mars 1837, précité; 17 avr. 1888 (*Bull. crim.*, n° 71); 19 nov. 1891 (D. 93. 1. 193).

Digitized by Google

délinquant a été jugé pour le fait même qui lui est reproché, demander au tribunal, postérieurement au jugement qui a statué sur l'action publique, l'application de la peine fiscale[11]. Ce serait violer, en effet, la règle : *non bis in idem,* que de permettre, soit au ministère public de ne poursuivre le délit que sous un de ses aspects et dans l'intérêt de l'ordre public, soit d'autoriser l'administration, qui n'est pas intervenue et a laissé juger le délinquant hors sa présence, de recommencer le procès pour obtenir contre lui une nouvelle condamnation. En d'autres termes, l'administration des contributions indirectes joue, dans la poursuite, tantôt le rôle de *ministère public,* tantôt le rôle de *partie civile :* de ministère public, quand l'infraction est purement fiscale et n'est punie que de peines pécuniaires ; de partie civile, quand l'infraction est mixte et que l'action, à raison du fait qui y donne ouverture, est conférée au ministère public.

Dans les deux cas, du reste, nous croyons que des tiers lésés par le délit pourraient se porter partie civile, à la condition de démontrer que la fraude fiscale leur cause un préjudice direct et personnel. C'est ainsi que nous admettons l'intervention de syndicats agricoles ou de propriétaires, dans une poursuite pour fausse déclaration faite à la régie sur la nature et la qualité du vin qui est expédié[12]. C'est une question sur laquelle nous revenons plus loin.

II. Les droits d'action du ministère public et de l'administration sont donc *exclusifs* l'un de l'autre, c'est-à-dire que le ministère public ne peut exercer l'action publique que dans les cas où l'administration n'a pas qualité pour le faire, et que

[11] Mêmes arrêts cités dans la note précédente.

[12] Loi du 6 avr. 1897, art. 4. La question ne paraissait pas encore s'être posée en jurisprudence avant l'affaire dite des « acquits fictifs » qui a été solutionnée par un jugement du tribunal correctionnel de Villefranche-sur-Saône du 26 janvier 1905 (*Monit. judic. de Lyon,* n° du 3 févr. 1905). Avec le développement des syndicats agricoles et viticoles, il arrivera que les syndicats demanderont à intervenir dans les poursuites intentées par la régie ou par le ministère public. La recevabilité de leur intervention dépendra du point de savoir si le délit leur cause un préjudice.

Digitized by Google

l'administration ne peut, de son côté, l'exercer que lorsque le ministère public est sans qualité pour agir. Chacune des deux actions reste donc soumise aux règles qui lui sont propres; ces deux actions, lorsqu'elles existent parallèlement, bien que résultant du même fait, sont indépendantes l'une de l'autre, comme le sont l'action publique et l'action civile. De cette conception résultent les conséquences suivantes : 1° *Quant aux frais :* le ministère public qui succombe ne peut être condamné aux dépens; l'administration, au contraire, est assimilée à une partie civile, quant aux procès suivis, soit à sa requête, soit même d'office ou dans son intérêt (D. 15 juin 1811, art. 157 et 158)[13]; 2° *Quant à la preuve :* pour l'administration, le procès-verbal est la base et la condition de la poursuite; tandis que le ministère public peut faire, en principe, la preuve par tous les moyens propres à convaincre le juge[14]; 3° *Quant au délai et aux formes de l'assignation :* le ministère public poursuit dans les délais ordinaires de la prescription qui est de trois ans; au contraire, l'assignation à fin de condamnation doit être donnée par l'administration dans les trois mois au plus tard de la date de son procès-verbal, *à peine de*

[13] Art. 158 : « Sont assimilés aux parties civiles : 1° Toute Régie ou Administration publique, relativement aux procès suivis, soit à sa requête, soit même d'office et dans son intérêt... »

[14] La preuve des contraventions en matière de contributions indirectes se faisait par des procès-verbaux, régulièrement dressés par ses agents, sans préjudice du droit de la régie d'user *supplémentairement* des preuves réunies par le procureur de la République : Cass., 12 juill. 1878 (S. 79. 1. 187). Mais la matière des procès-verbaux de régie, au point de vue de leur force probante, a été sensiblement modifiée, par une loi du 9 décembre 1903, que nous étudions plus loin. Voy. Magnol, *De la force probante des procès-verbaux*, *Journ. des Parq.*, 1904, art. 157, p. 85 à 123. Cette modification, quant au *régime de la preuve*, entraîne des conséquences, quant au *régime de l'action.* En matière de contributions indirectes, le procès-verbal était, avant 1903, la base nécessaire de la poursuite, le titre de l'action. Il n'en est plus de même depuis la loi du 9 décembre 1903. Cette solution a été indiquée au Sénat, comme une conséquence de la réforme, par M. Monis, l'un de ses promoteurs, dans la séance du 27 décembre 1902 (*Journ. off.* du 28 déc., Sénat, *Débats parl.*, session extraord., p. 1707 et 1708). Nous revenons sur ce point, à propos des procès-verbaux.

Digitized by Google

déchéance; et lorsque les prévenus sont en état d'arrestation, elle doit l'être dans le délai d'un mois (L. 15 juin 1835, art. unique); 4° *Quant aux délais et aux formes de l'appel :* le ministère public se conforme au droit commun, mais il ne peut appeler que s'il a l'exercice de l'action publique; l'appel de la régie ou contre la régie est soumis aux règles de l'article 32 du décret du 1er germinal an XIII, qui veut, en matière de contributions indirectes, que l'appel soit interjeté par un acte notifié dans les huit jours de la signification du jugement et contenant assignation au délai de trois jours francs; 5° *Quant à l'application de la loi du 15 février 1899, sur le secret des actes signifiés par les huissiers*, laquelle modifie l'article 68 du Code de procédure et prescrit, dans le cas de remise d'un exploit à toute autre personne qu'à la partie, ou au procureur de la République, de le délivrer sous enveloppe fermée avec cachet de l'huissier sur la fermeture du pli : cette loi ne vise que les huissiers et édicte ainsi une formalité qui ne peut être imposée aux autres personnes ayant qualité pour notifier des actes. Notamment, cette formalité ne peut être imposée aux employés des contributions indirectes, lorsqu'ils donnent des citations dans le cas spécifié par l'article 28 de la loi du 1er germinal an XIII et par l'article unique de la loi du 15 juin 1835[15].

III. L'administration des contributions indirectes est assimilée, en ce qui concerne la poursuite des contraventions fiscales passibles de peines pécuniaires, à une *partie civile*[16]. Elle doit donc avoir, comme toute partie civile, la *disposition* de son action. D'où il suit : 1° Que l'administration peut *renoncer* à l'action qui lui appartient, soit *avant* de l'avoir intentée, soit *après* l'avoir intentée; 2° Qu'en conséquence, elle peut se *dé-*

[15] Cass. (Ch. réun.), 17 juillet 1902 (*Journ. des Parq.*, 1904, 2e part., p. 109).

[16] C'est, en effet, le principe dont il faut s'inspirer en cette matière. La jurisprudence en a conclu que les amendes et confiscations prononcées pour contraventions aux lois sur les contributions indirectes n'ont pas un véritable caractère pénal; qu'elles sont plutôt une réparation civile, une sorte de composition évaluée à forfait par la loi.

Digitized by Google

sister dans les conditions de l'article 66 du Code d'instruction criminelle[17]; 3° Qu'enfin, elle est autorisée à *transiger* sur les amendes et confiscations résultant des contraventions constatées par ses employés. Ce droit résulte, pour la régie, de l'article 23 du décret du 5 germinal an XII, dont les dispositions ont été renouvelées, avec quelques modifications, par les ordonnances des 2 janvier 1817 (art. 9) et 3 janvier 1821 (art. 10).

Pour qu'une transaction arrête l'action publique, il faut qu'elle soit régulière[18] et qu'elle ait reçu l'approbation de l'autorité compétente[19]. Quant à ses effets, il faut distinguer suivant qu'elle intervient *après* ou *avant* condamnation.

Avant condamnation, les transactions régulières « éteignent « toute action pour raison de contravention ou de fraude, ar- « rêtent toutes poursuites sur les peines de confiscation et « d'amende. La Cour suprême est allée plus loin : elle a décidé « que la transaction éteignait même l'action publique, dans « le cas où le prévenu aurait encouru, outre l'amende et la « confiscation, la peine de l'emprisonnement[20] ». Il existait,

[17] Le désistement n'a pas besoin d'être accepté en tant qu'il porte sur l'action.

[18] Les transactions, en cette matière comme en toute autre matière, doivent être rédigées par écrit (C. civ., art. 2044). Le contrevenant doit, pour transiger, réunir les conditions de capacité exigées par l'article 2045.

[19] En matière de boissons, de cartes à jouer, de voitures publiques, de sels, de tabacs et de navigation, les transactions sont définitives : 1° avec l'approbation du directeur du département, lorsque les condamnations à la confiscation et à l'amende ne s'élèvent pas à plus de 500 francs; 2° avec l'approbation du directeur général, statuant en conseil d'administration, lorsque lesdites condamnations s'élèvent de 500 à 3.000 francs; 3° avec l'approbation du ministre des finances, lorsqu'il y a dissentiment entre le directeur général et le conseil d'administration, et, dans tous les autres cas, lorsque le montant des condamnations excède 3.000 francs (Arr. 5 germ. an XII, art. 23; Ord. 3 janv. 1821, art. 6; Ord. 4 déc. 1823, art. 6). — D'une manière générale, les transactions sur procès-verbaux, passées par les agents de l'administration, n'ont, jusqu'à leur approbation par l'autorité compétente, qu'une valeur provisoire : Chambéry, 7 mars 1879 (*Mém. des cont. ind.*, t. 20, p. 419).

[20] Rapport de M. Léon Renaud sur la loi du 21 juin 1873.

Digitized by Google

toutefois, deux exceptions à la possibilité pour le délinquant d'éviter, par une transaction intervenue avant condamnation, l'amende, la confiscation et même l'emprisonnement. En matière de garantie d'or et d'argent, la régie n'avait pas, aux termes du décret du 28 floréal an XIII, la faculté de transiger. Mais l'article 11 de la loi budgétaire du 22 avril 1905 a rétabli le droit commun pour les contraventions et délits de garantie. Dans les cas des articles 12 et 14 de la loi du 21 juin 1873 (fraude dissimulée sous les vêtements, ou au moyen d'engins, fabrication, distillation ou revivification de spiritueux), la régie ne peut pas éteindre l'action publique. L'affaire suit son cours sur les poursuites du procureur de la République, et le droit de transaction de la régie ne s'exerce qu'après le jugement rendu et la condamnation prononcée[21].

Lorsqu'un jugement définitif a été rendu, l'administration a bien le droit de faire remise, en totalité ou en partie, des condamnations pécuniaires, à l'amende et à la confiscation, mais le chef de l'État a seul le droit, par voie de grâce, de réduire l'emprisonnement ou d'en faire remise au condamné.

96. Les *octrois* sont, en quelque sorte, l'une des branches des contributions indirectes, ils font l'objet du titre II de la loi du 28 avril 1816, et sont soumis à des règles identi-

[21] Il y a là une distinction judicieuse qui mériterait d'être généralisée. Voy. Laborde, *op. cit.*, n° 763. Le droit de transaction de l'Administration des contributions indirectes a été critiqué, du reste, à un triple point de vue : 1° Il paraît incompatible avec l'application des circonstances atténuantes aux amendes et confiscations en matière de contributions indirectes (L. 29 mars 1897, art. 19), application étendue aux contraventions en matière d'octrois (L. 25 févr. 1901, art. 34); 2° Il a pour effet de subordonner le droit d'option, devant les tribunaux de répression, des parties lésées par un délit fiscal, au bon vouloir de l'administration des contributions indirectes; 3° Enfin, l'exercice du droit de transiger peut être vicié par des considérations étrangères aux intérêts fiscaux et devenir un moyen de pression électorale entre les mains de l'administration.

Digitized by Google

ques en ce qui concerne le droit de poursuite et le droit de transaction.

1. Lorsque les procès-verbaux dressés constatent uniquement une contravention aux règlements de l'octroi, la poursuite est exercée exclusivement à la requête du maire, poursuites et diligences du préposé en chef, dans le cas où l'octroi est en régie simple; au nom du fermier et régisseur, quand l'octroi est affermé. Le ministère public doit rester étranger à la poursuite. Plus encore qu'en matière de contributions indirectes, l'amende et la confiscation, que le maire réclame, ont le caractère de réparations civiles. En effet, les condamnations pécuniaires, prononcées au profit de l'administration des contributions indirectes, sont versées dans la caisse du Trésor, comme les autres condamnations correctionnelles, tandis que celles obtenues par le maire, pour contraventions aux règlements d'octroi, ne sont pas attribuées à l'État : elles ont donc le caractère principal d'une réparation accordée à un intérêt privé, à une partie civile qui a éprouvé un préjudice, d'une sorte de composition établie à forfait.

L'article 15 de la loi du 21 juin 1873 tranche la question du droit de transaction en matière d'octroi, comme en matière de contributions indirectes. Il prévoit le cas de l'article 12, qui dispose expressément en faveur de l'octroi, et de l'article 46 de la loi du 28 avril 1816 qui est applicable également en matière d'octroi. Or, il parle, en termes absolus, du droit de transaction, qui appartient au maire, comme à la régie, et il ne prescrit l'envoi des procès-verbaux, au ministère public, que quand il y a lieu à poursuite de délits passibles de l'emprisonnement.

Lorsque la contravention est commune aux contributions indirectes et à l'octroi, la poursuite appartient exclusivement à l'administration des contributions indirectes, à laquelle les procès-verbaux doivent être remis, qui doit diriger les poursuites au nom de l'une et de l'autre administration, à l'effet d'obtenir jugement, conformément aux lois particulières à chacune d'elles, et qui seule peut transiger sur l'une et sur l'autre contravention (Déc. min. fin. du

Digitized by Google

10 févr. 1807). C'est ce qui résulte implicitement des dispositions des articles 164 du décret du 17 mai 1805 et 83 de l'ordonnance du 9 décembre 1814.

II. Le ministère public n'a pas d'action à l'égard des contraventions d'octroi qui ne sont pas punissables d'emprisonnement. L'action du maire, dans ce cas, est donc exclusive de l'action du procureur de la République [22].

III. Les transactions sont dans les attributions du maire, et lui seul est autorisé, sauf l'approbation du préfet, à ne pas intenter de poursuites, ou à faire une remise partielle ou totale des condamnations prononcées (O. 9 déc. 1814, art. 83).

Les fermiers et régisseurs préparent les transactions : mais, bien qu'elles les intéressent personnellement, ces transactions ne sont définitives qu'après la ratification du maire qui conserve entière la faculté d'en modifier les clauses, d'en diminuer ou d'en aggraver les conditions.

97. L'administration des douanes participe, en principe, à l'exercice de l'action publique et au droit de transiger, dans des conditions analogues à celles de l'administration des contributions indirectes. Mais certaines différences séparent ces deux administrations.

I. Les lois sur les douanes distinguent deux catégories d'infractions : celles qui sont punies d'une peine corporelle et d'une peine pécuniaire, et dont la connaissance est attribuée aux tribunaux correctionnels; celles qui sont punies d'une simple peine pécuniaire, et dont la connaissance est attribuée aux juges de paix. La constatation des *délits*, comme celle des *contraventions de douane*, se fait au moyen d'un procès-verbal [23]. La poursuite, en ce qui concerne l'application des pei-

[22] Jurisprudence constante : Cass., 12 août 1853 (S. 53. 1. 788); 18 janvier 1861 (S. 61. 1. 471); 10 juin 1882 (S. 84. 1. 246).

[23] Mais il existait une grande différence, au point de vue de la preuve, entre les *délits* et les *contraventions*. Tandis que ces dernières ne pouvaient être prouvées que par le procès-verbal, la preuve des délits de douane, au contraire, pouvait se faire suivant les règles du droit commun : c'est ce que décidait l'article 1 du décret du 8 mars 1811 pour la contrebande des marchan-

Digitized by Google

nes pécuniaires, a lieu à la requête de l'administration ; elle a lieu à la requête exclusive du ministère public, si elle tend à la prononciation d'une peine corporelle. La distinction ici, comme en matière de contributions indirectes, est basée sur la nature spéciale que la jurisprudence reconnaît à l'amende et à la confiscation : ce sont moins des peines que des réparations au profit de l'État.

L'administration, en poursuivant le délinquant, demande, par l'action publique, une composition fixée à forfait et non susceptible d'être modifiée par l'application des circonstances atténuantes[24]. Ce caractère de la poursuite amène la jurisprudence à autoriser l'administration des douanes à traduire un contrevenant devant le juge de paix, pour demander, dans les limites de la compétence de ce magistrat, d'appliquer les peines pécuniaires des contraventions pour un délit de la compétence du tribunal correctionnel[25].

dises prohibées. On avait soutenu que ce décret était abrogé : mais, même en admettant cette abrogation, les principes généraux seraient suffisants pour le décider ainsi quand le ministère public est partie dans l'instance (C. instr. cr., art. 25 et 189). *Sic*, Cass., 26 févr. 1887 (D. 88. 1. 42). Or, si l'action publique peut être mise en mouvement sans procès-verbal, l'action civile de la douane le peut également. Comp. Pabon, *op. cit.*, n° 942. La question est devenue, du reste, sans intérêt depuis l'article 57 de la loi de finances du 25 mars 1897, aux termes duquel : « Les délits et contraventions « prévus par les lois sur les douanes et sur les sels peuvent être prouvés « par toutes les voies de droit ». Cette disposition, sur la portée de laquelle on peut émettre des doutes en ce qui concerne la recevabilité de l'action de la douane, a, dans tous les cas, permis à l'administration de prouver une infraction douanière, comme toute autre infraction, au moins dans tous les cas où l'action de la douane est recevable.

[24] L. 6-22 août 1791, tit. XII, art. 1er; L. 15-16 août 1793, art. 3 et 4; L. 4 flor. an II, tit. VI, art. 14 et 18; L. 4 fruct. an III, art. 5 et 6 ; L. 9 flor. an VII, tit. IV, art. 6.

[25] Voici comment la Cour de cassation formule cette solution dans un arrêt du 23 août 1836 (S. 36. 1. 641) : « Si, dans des cas particuliers, l'adminis- « tration des douanes peut traduire les contrevenants devant une autre ju- « ridiction et requérir contre eux des condamnations plus sévères, les juges « de paix, lorsque l'administration n'use pas de cette faculté, n'en sont pas « moins compétents pour connaître de la contravention et appliquer les pei- « nes dans les limites de leur compétence ». On en a conclu que le minis-

Digitized by Google

II. Le droit de poursuivre les contraventions devant le juge de paix appartient à la douane seule et non au ministère public[26]. Mais il n'en est pas de même pour les délits de douane de la compétence du tribunal correctionnel. On s'est demandé, en effet, si le droit de poursuite de cette administration, en ce qui concerne l'application des *peines pécuniaires*, était exclusif du droit du ministère public. La loi ne paraît pas avoir retiré au procureur de la République la faculté d'exercer l'action publique, dans tous les cas, contre les contrevenants en matière de douanes (L. 28 avr. 1816, art. 52 et 66; L. 21 avr. 1818, art. 37), et il semble, à lire ces textes, qui lui prescrivent de faire *d'office* toutes les poursuites contre les délinquants, que le ministère public ait un *droit exclusif d'action* pour saisir le tribunal correctionnel en ce qui concerne les peines corporelles, et un *droit parallèle d'action* en ce qui concerne les peines pécuniaires. Cette manière de comprendre les rôles respectifs du ministère public et de l'administration des douanes ne nous paraît pas exacte. D'une part, les peines pécuniaires ont, en matière de douanes, le même caractère qu'en matière de contributions indirectes, ce sont de véritables compositions. D'autre part, le droit qui appartient à l'administration, c'est celui de poursuivre, par action publique, le règlement de cette composition. De ce double caractère des peines et de la poursuite, il faut conclure : 1° Que l'administration des douanes, lorsqu'elle agit en concours avec le ministère public, joue le rôle d'une partie civile. Elle seule peut obtenir condamnation à l'amende et à la confiscation. D'où il suit que, si l'appel interjeté par le minis-

tère public pouvait poursuivre devant le tribunal correctionnel l'application de la peine d'emprisonnement édictée par les lois de douane, si, après la constatation d'une infraction tombant sous le coup de cette peine, l'administration s'est bornée à poursuivre, devant le juge de paix, la condamnation du prévenu à des peines pécuniaires : Trib. civ. de Sedan, 15 janv. 1896 et Trib. corr. de Pontarlier, 29 mai 1896 (*Dict. du contentieux des douanes*, n^{os} 95.329 et 90.334). Ces solutions nous paraissent contraires et aux règles de la compétence et au principe *non bis in idem*.

[26] Loi du 4 germ. an II, tit. VI, art. 12.

Digitized by Google

tère public seul ne peut permettre l'application d'amendes que le premier juge a omis de prononcer, lorsque d'ailleurs l'administration des douanes n'a pas usé du droit d'appel dans les délais légaux[27], l'appel interjeté par l'administration des douanes seule, quand le ministère public ne s'est pas pourvu, ne permet pas à la cour de prononcer la peine de l'emprisonnement qui demeure exclusivement dans le domaine de l'action publique[28]; 2° Que le ministère public ne peut, en poursuivant à sa requête, et sans la présence de l'administration des douanes, partie intervenante, requérir l'application des peines pécuniaires. Cette seconde conséquence est précisément contestée et il semble résulter de quelques arrêts anciens[29], que l'exercice de l'action publique, concédé à l'administration des douanes, est, en quelque sorte, partiel et que son droit se trouve confondu dans le droit plus étendu et plus complet du ministère public. Mais ces arrêts, rendus à une époque où le caractère des peines pécuniaires douanières était encore incertain, ne sauraient être invoqués qu'avec réserve; 3° Qu'en ce qui concerne les infractions de la compétence du tribunal correctionnel et passibles seulement de peines pécuniaires (telles que l'infraction prévue par l'art. 15 de la loi du 7 juin 1820), l'administration des douanes a seule qualité, à l'exclusion du ministère public, pour saisir le tribunal correctionnel[30].

[27] Nancy, 27 févr. 1878 (D. 79. 2. 46).

[28] Cass.,3 mars 1893 (D. 94. 1. 53). Voy. également Cass., 6 janv. 1905 (S. 1905. 1. 159) : « Attendu que si la loi admet l'administration des douanes à participer jusqu'à un certain point à l'exercice de l'action publique, c'est uniquement pour lui donner le moyen d'obtenir les condamnations qui doivent, dans l'intérêt public, réparer le dommage que la fraude a pu exercer; que tel est l'objet des confiscations et amendes qu'il lui est permis de requérir, mais que la peine d'emprisonnement, peine toute personnelle, reste exclusivement dans le domaine du ministère public .. ». La Cour en conclut qu'une cour d'appel ne peut pas, sur le seul appel de l'administration des douanes, prononcer une peine d'emprisonnement, alors que les premiers juges n'avaient prononcé que la confiscation. C'est, du reste, la jurisprudence constante depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 28 prairial an XI (*Bull. crim.*, n° 162).

[29] Cass., 21 nov. 1828 (S. et P. chr.).

[30] Cass., 6 mars 1840 (S. 40. 1. 879).

Digitized by Google

Les conditions de la poursuite du ministère public et de l'administration des douanes contre les simples conducteurs ou agents directs d'une introduction de marchandises en contrebande sont, du reste, subordonnées à la capture dans le rayon frontière ou à une poursuite à vue et non interrompue hors dudit rayon (Loi du 28 avr. 1816, art. 38, 39, 41, 42, 51). L'article 57 de la loi du 29 mars 1897 qui permet à l'administration de prouver par toutes les voies de droit les contraventions et délits de douanes, n'a, en rien, modifié la législation des douanes en ce qui concerne le droit d'action de l'administration et les conditions auxquelles elle est subordonnée [31].

III. L'administration des douanes a reçu, de la loi du 22 août 1791 [32], le droit de transiger sur les peines prononcées à sa requête. Ce tempérament à la rigueur du système répressif fut bientôt reconnu insuffisant, en ce qu'il n'englobait pas les peines corporelles prononcées à la requête du ministère public. Aussi, l'arrêté du 14 fructidor en X (art. 1), vint-il autoriser l'administration à transiger sur les procès de douanes, soit avant, soit après le jugement. C'est dans cette disposition que l'administration puise son droit de transaction qui a été réglementé par le décret du 8 août 1890 [33].

a) La transaction, antérieure au jugement, éteint l'action publique dérivant du délit ou de la contravention : elle est, par suite, opposable, soit au ministère public qui poursuivrait un délit de douanes et demanderait l'application des peines corporelles, soit à la douane qui intenterait l'action publique pour faire prononcer une condamnation à l'amende et à la

[31] C'est, du moins, ce que décide la Chambre criminelle : Cass., 11 avr. 1902 (*Pand.*, 1902. 1. 225, et la note de M. F. Thibault); 20 févr. 1903 (*Pand.* 1903. 1. 433 et la note de M. F. Thibault); 11 mars 1904 (*Pand.*, 1904. 1. 420). Il faut avouer, dans tous les cas, que la formule employée par l'article 57 a trahi la pensée du législateur qui avait proposé cette loi en vue de supprimer ces conditions. Voy. *Répert. alph. du droit français*, v° *Douanes*, n°s 1607 à 1610.

[32] Tit. XII, art. 4.

[33] On en trouvera le texte dans Pabon, *op. cit.*, p. 91.

Digitized by Google

confiscation. Les lois de douanes n'ayant pas réglementé les transactions de cette espèce, il faut en conclure qu'elles sont soumises aux règles de fond ou de forme énumérées dans les articles 2044 et suiv. du Code civil.

b) L'administration a le droit de transiger avec le condamné, même après les jugements définitifs : les textes cités ne distinguent pas, à ce point de vue, suivant que la transaction intervient avant ou après la condamnation.

Mais l'effet d'une transaction, après condamnation définitive à l'emprisonnement et à l'amende, ne porte que sur cette dernière peine. Le chef de l'État aurait seul, en vertu du droit de grâce, le pouvoir d'accorder la remise de l'emprisonnement.

98. L'administration des eaux et forêts a, dans le domaine des contraventions et délits forestiers, un droit de poursuite et de transaction à la fois plus étendu et mieux défini que celui des administrations des contributions indirectes et des douanes.

1. Le droit de l'administration des eaux et forêts est plus étendu. D'une part, l'article 159 du Code forestier charge cette administration, « tant dans l'intérêt de l'État que dans celui des autres propriétaires de bois et forêts soumis au régime forestier, des poursuites en réparation[24] de tous délits et contraventions commis dans ces bois et forêts »; et ce droit s'exerce, quelle que soit la peine applicable, que ce soit l'emprisonnement ou l'amende. D'autre part, l'action de l'administration des forêts n'est pas limitée à la faculté de saisir le tribunal et de mettre ainsi en mouvement le procès pénal : elle s'exerce jusqu'à ce qu'un jugement définitif soit intervenu. L'article 183 du Code forestier donne, en effet, aux agents de l'administration des forêts, le droit d'interjeter, en son nom, appel des jugements, et de se pourvoir contre les arrêts et ju-

[24] Le sens du mot « réparation » doit être interprété par le texte même, il est synonyme ici de répression. Voy. Meaume, *Commentaire du Code forestier* (3 vol. in-8°, 1844-46), t. 2, n° 1116.

Digitized by Google

gements en dernier ressort. L'action publique est ainsi exercée dans sa plénitude par l'administration des forêts, mais en ce qui concerne seulement les infractions forestières, à l'exclusion des délits de droit commun ou prévus par la loi pénale ordinaire[35]. Les citations sont adressées « à la requête de l'administration des forêts, poursuites et diligences de l'agent forestier local » (généralement l'inspecteur des forêts).

II. Le droit de poursuite de l'administration des forêts est également mieux défini : il s'exerce, aux termes de l'article 159 du Code forestier, « sans préjudice du droit qui appartient au ministère public ». Et on a conclu de ce texte qu'il existe, au point de vue des délits forestiers, une concurrence d'attributions entre le ministère public et les agents forestiers. Ce droit parallèle conduit : 1° à donner qualité au ministère public pour exercer les actions forestières d'une manière aussi complète que l'administration elle-même. Le ministère public peut donc conclure, non seulement à l'application des peines corporelles, mais encore à celle des peines pécuniaires ; il peut même, car on est allé jusque-là, demander des réparations civiles, telles que restitutions et dommages-intérêts[36] ; 2° à permettre aux magistrats du ministère public de représenter à l'audience les agents de l'administration, même quand le procès a été engagé à la requête de celle-ci[37] ; 3° à faire profiter l'administration de l'appel interjeté par le ministère public[38].

III. Il importe, néanmoins, de déterminer le rôle précis que joue l'administration dans la poursuite en réparation des délits forestiers.

D'après l'article 171 du Code forestier qui reproduit, à cet

[35] La jurisprudence donne le caractère de délits forestiers à ceux qui sont commis dans une forêt soumise au régime forestier, qui sont prévus et punis par la loi forestière, et qui portent une atteinte directe et immédiate au sol forestier. Voy. Cass., 4 janv. 1855 (S. 55. 1. 223 ; D. 55. 1. 15) ; Cass. (Ch. réun.), 12 mars 1874 (S. 74. 1. 453 ; D. 75. 1. 480).

[36] Cass., 8 mai 1835 (S. 35. 1. 739).

[37] Cass., 28 oct. 1892 (S. 93. 1. 168 ; D. 93. 1. 584).

[38] Cass., 20 mars 1837 (S. 38. 1. 922).

Digitized by Google

égard, l'article 179 du Code d'instruction criminelle, les tribunaux correctionnels sont compétents pour connaître de tous les délits forestiers, quelle que soit la peine prononcée[39].

L'administration peut exercer l'action qui lui appartient dans deux ordres de circonstances. Tantôt, elle poursuit un délit qui ne comporte d'autre réparation que la condamnation pénale. Tantôt, le délit peut donner lieu à des restitutions et des dommages-intérêts.

Dans le premier cas, l'administration remplit la fonction de ministère public : elle ne peut être condamnée, si elle succombe, soit aux frais de défense, soit à des dommages-intérêts récursoires au profit du prévenu acquitté. Mais, comme toute administration, celle des forêts est assimilée à une partie civile relativement aux procès suivis à sa requête ou dans son intérêt (Décret du 18 juill. 1811, art. 157 et 158). Et on sait que la partie civile, même gagnante, est personnellement condamnée aux frais, sauf son recours contre le prévenu et les personnes civilement responsables.

Dans le second cas, l'administration agit dans un intérêt civil : elle réclame la réparation du dommage que lui a causé le délit. Son caractère d'administration publique ne fait pas obstacle à ce qu'elle soit condamnée, si elle succombe, soit aux frais de défense, soit à des dommages-intérêts récursoires[40].

IV. D'après la loi du 18 juin 1859, qui modifie l'article 159 du Code forestier, « l'administration des forêts est autorisée à transiger, avant jugement définitif, sur la poursuite des délits et des contraventions en matière forestière, commis dans les bois soumis au régime forestier; après jugement définitif, la transaction ne peut porter que sur les peines et réparations pécuniaires ». L'effet de la transaction est donc différent, sui-

[39] Par suite, l'administration, même pour les dommages-intérêts et restitutions, n'a pas l'option de l'article 3 du Code d'instruction criminelle.

[40] Toutes ces questions sont délicates. Elles ont été examinées par les spécialistes qui ne se sont pas mis d'accord. La Cour de cassation, elle-même, est dans l'incertitude. Voy. notamment Cass., 4 juill. 1861 (S. 61. 1. 915; D. 61. 1. 355).

Digitized by Google

vant que la transaction intervient, avant le jugement, auquel cas elle éteint l'action publique, et après la condamnation définitive, auquel cas, elle ne porte que sur les peines pécuniaires[41].

Avant la loi de 1859, la seule faculté réservée à l'administration était celle de se désister (C. for., art. 183). Actuellement, le désistement ne constitue qu'une variété de la transaction[42].

V. Un décret du 29 avril 1862 a rattaché la pêche fluviale au ministère de l'agriculture. L'administration forestière n'a donc plus, relativement à la poursuite des délits de pêche, les pouvoirs qu'elle possédait antérieurement. Aujourd'hui, c'est au nom de l'administration des ponts et chaussées que sont poursuivis les délits de pêche par les soins du ministère public.

99. Les infractions postales, télégraphiques et téléphoniques se divisent en deux catégories : les unes constituent des crimes et délits ordinaires, poursuivis, à la requête du ministère public, comme tous les crimes et délits : ce sera, par exemple, une violation du secret de la correspondance (C. p., art. 378), une contrefaçon ou altération de timbres postes ou autres valeurs (C. p., art. 142), etc.; les autres constituent des contraventions aux lois qui protègent le monopole de l'administration : ce sera, par exemple, un abus de franchise, une insertion de valeurs prohibées dans les objets de correspondance, etc. [43].

Les amendes, conséquences de ces dernières infractions, sont considérées, au regard de l'administration, comme des

[41] La faculté de transiger s'applique aux délits de chasse dans les forêts soumises au régime forestier, comme aux délits forestiers proprement dits : Cass., 22 déc. 1868 (D. 69. 1. 209), et sur renvoi, Caen, 7 avr. 1869 (D. 69. 2. 216).

[42] Les autorités qui ont qualité pour statuer en matière de transaction ont été déterminées successivement par le décret du 21 déc. 1859, puis par celui du 22 déc. 1879.

[43] Voy. Gabriel Hayes, *Traité des infractions postales*, in-8°, 1899 (Th doct., Nancy).

Digitized by Google

réparations pécuniaires [44]. Deux conséquences résultent du caractère de la peine : 1° Bien que la répression ait lieu dans son intérêt et que l'amende lui soit attribuée, l'administration n'a pas qualité pour exercer l'action publique, mais seulement pour dresser le procès-verbal qui constate le délit et l'adresser au procureur de la République. Celui-ci a seul l'exercice de l'action publique [45] : il agit en une double qualité, il représente l'intérêt social et l'intérêt fiscal. L'article 5 de l'arrêté du 27 prairial an IX, dont la disposition a été répétée dans les mêmes termes par des textes postérieurs [46], dispose, en effet, que « les procès-verbaux seront de suite « transmis au commissaire du gouvernement près le tri- « bunal civil et correctionnel de l'arrondissement, par les « préposés des postes, pour poursuivre contre les contreve- « nants la condamnation à l'amende ». La loi reconnaît donc au ministère public le droit de poursuivre la répression des contraventions postales soit seul, soit concurremment avec l'administration, soit en son nom et sur sa réquisition [47]. Si l'administration est au procès, elle y est et ne peut y être que comme partie civile, avec les avantages et les inconvénients de cette situation. Mais qu'on le remarque bien, l'administration est légalement représentée par le ministère public, qui a le droit, en son absence, de conclure au prononcé de l'amende, et, si l'administration est intervenue, de faire appel d'un jugement qu'elle accepte [48]. Par suite même du caractère de la poursuite exercée par le ministère public qui est, au procès, en une double qualité,

[44] Ce point n'a jamais fait difficulté.

[45] Jurisprudence constante. Voy. Orléans, 17 nov. 1891 (S. 92. 2. 45; D. 92. 2. 461); Montpellier, 27 mars 1890 (S. 90. 2. 116; D. 91. 1. 141); Besançon, 10 févr. 1893 (D. 95. 2. 54).

[46] Par exemple, article 4 de la loi du 12 avril 1892.

[47] Cass., 15 janv. 1865 (S. 66. 1. 36). — Cependant, par exception, lorsqu'il s'agit de contraventions aux lois sur le transport par la poste de valeurs déclarées, la poursuite est directement faite par l'administration des postes (L. 4 juin 1859, art. 9).

[48] Cass., 19 juin 1896 (S. 98. 1. 109; D. 97. 1. 174). Comp. Angers, 13 août 1866 (D. 66. 2. 156).

Digitized by Google

l'administration, qui ne s'est pas portée partie civile en première instance, pourra le faire en appel [49]. 2° L'administration est autorisée à transiger en tout état de cause, avant comme après le jugement, et cette transaction, qui éteint l'action publique avant condamnation, emporte remise de la peine après condamnation [50].

100. L'exercice de l'action fiscale soulève une question générale, celle de la *recevabilité d'une partie civile* devant les tribunaux correctionnels dans les procédures où figure une administration financière.

S'il s'agit d'un délit mixte, c'est-à-dire puni, à la fois, de peines pécuniaires et de peines corporelles, celui qui s'en prétend victime a incontestablement le droit, soit d'intervenir sur la poursuite de l'administration intéressée, soit même de citer directement à sa requête devant le tribunal correctionnel. Le droit commun est applicable, puisque le ministère public est chargé de l'exercice de l'action publique, concurremment avec la régie, et que la présence de plusieurs parties civiles n'est nullement contradictoire ou inconciliable [51].

S'il s'agit d'un délit exclusivement fiscal, c'est-à-dire puni

[49] Voy. l'arrêt précité d'Orléans, 17 nov. 1819. Comp. Caen, 19 déc. 1891 (S. 92. 2. 45; D. 92. 2. 457). Mais pourra-t-elle le faire alors que le ministère public n'a pas entendu, à défaut de conclusions prises par lui en première instance, mettre en mouvement l'action de cette administration? La question n'est pas tranchée par les arrêts que nous citons.

[50] Ord. du 19 févr. 1843; L. 4 juin 1859, art. 9; L. 12 avr. 1892, art. 4.

[51] Il existe notamment un certain nombre de délits fiscaux qui sont en même temps, des délits de droit commun. Ainsi la loi du 14 août 1889 qui interdit de vendre sous la dénomination de vin un produit autre que celui de la fermentation des raisins frais, punit les contrevenants d'amende et d'emprisonnement : ce délit constitue donc, non seulement une contravention à la loi fiscale, mais un délit de droit commun. Il n'est donc pas douteux que les victimes de ce délit (marchands de vin, propriétaires de vignobles, consommateurs) pourront se porter parties civiles, soit par voie d'action, soit par voie d'intervention. Comp. Trib. corr. de Nimes, 10 août 1904 (*Gaz. des Trib.*, n° du 1er sept. 1904). Les syndicats professionnels pourraient également le faire en vue de la défense des intérêts collectifs dont ils ont la charge.

Digitized by Google

de peines pécuniaires (confiscation ou amende), une distinction s'impose, suivant que la partie lésée prétend se substituer à l'action de l'administration fiscale, en citant directement le prévenu à sa propre requête, ou suivant qu'elle ne prétend à d'autre rôle qu'à exercer une intervention dans la poursuite intentée par l'administration.

Dans le premier cas, on peut faire trois objections à la procédure suivie par la partie qui se prétend lésée. 1° La répression d'une contravention fiscale a été confiée exclusivement par la loi à l'administration intéressée : comment un citoyen, se prétendant lésé par une contravention fiscale, pourrait-il avoir la prétention de mettre en mouvement une action qui appartient à l'administration seule? On répondra, sans doute, que, dans la procédure ordinaire, le ministère public a bien la délégation exclusive de l'exercice de l'action publique, ce qui n'empêche pas la partie lésée de citer le prévenu à sa requête devant le tribunal correctionnel. Mais, dans ce cas, la partie lésée met en mouvement l'action publique en même temps que l'action civile, puisque le sort de l'une est inséparable du sort de l'autre devant les tribunaux de répression : or, ce double résultat implique la possibilité, pour la partie lésée, de donner la première impulsion à l'action publique. Comment la partie lésée mettrait-elle l'action fiscale en mouvement, lorsque cette action est exclusivement réservée à l'administration intéressée et que le ministère public lui-même est sans qualité pour en saisir le juge? 2° La seconde objection contre la recevabilité de la citation directe de la partie lésée est puisée dans les règles spéciales de la procédure fiscale. Les contraventions fiscales doivent, en principe, être constatées par un procès-verbal régulier, dressé par les agents de l'administration intéressée, l'assignation doit être ordinairement donnée dans un certain délai à peine de déchéance, et il n'est pas admissible qu'un simple particulier, prétendant exercer l'action de l'administration, soit dispensé des conditions de poursuite qui sont indispensables à celle-ci[52]:

[52] Cette objection est-elle décisive? D'une part, il n'est pas certain que le

Digitized by Google

3° Enfin, comment le tribunal pourrait-il, en l'absence de l'administration, et sur la seule action d'un particulier, prononcer des amendes et confiscations dont la régie financière va devenir exclusivement bénéficiaire?

Mais si nous repoussons, en pareil cas, le *droit d'action* des particuliers, nous admettons leur *droit d'intervention* dans la poursuite intentée à la requête de l'administration intéressée. Les infractions fiscales, punies d'amende et de confiscation, sont des délits. Or, aucun texte ne limite l'intervention d'une partie civile au cas seulement où l'action publique a pu être intentée par le ministère public ordinaire. Il importe peu que l'action, tendant à l'application de la peine, soit engagée à la seule requête de l'administration, que la peine réclamée ait, à certains égards, un caractère privé, que l'administration soit assimilée à une partie civile au point de vue des frais : en effet, toutes ces particularités de l'*action publique fiscale* dérivent, soit de textes formels, soit du caractère de composition pénale forfaitaire donnée à l'amende et à la confiscation. Mais les règles du droit commun, qui ne sont pas incompatibles avec ce caractère, et auxquelles il n'a pas été expressément dérogé par des textes formels, s'appliquent à l'action intentée par l'administration intéressée comme à l'action intentée par le ministère public ordinaire. Et cette solution s'impose d'autant plus que, parmi les délits fiscaux, il en est quelques-uns dont la répression intéresse les particuliers encore plus que l'administration. Si l'exercice de l'action publique a été remis à celle-ci, c'est parce que l'administration seule a une organisation qui lui permet de découvrir et de surveiller ces délits. Il en est ainsi notamment de ces nombreuses dispositions fiscales prises en vue de rendre plus

procès-verbal des agents de la régie soit le titre même de l'action. La loi du 30 décembre 1903 (art. 24) a ramené les procès-verbaux de régie au rôle que devraient avoir tous les procès-verbaux : ce sont des instruments de preuve. D'autre part, la partie civile, en se soumettant aux conditions de recevabilité de l'action de la régie, ne pourrait se voir opposer, de ce côté tout au moins, de raisons sérieuses d'écarter son action.

Digitized by Google

difficiles la fabrication et la circulation des boissons frelatées[53].

§ XVI. — CONTRE QUI L'ACTION PUBLIQUE PEUT ÊTRE INTENTÉE.

101. L'action publique ne peut être dirigée que contre un individu. Trois corollaires résultent de cette règle. — **102**. L'action publique peut-elle être dirigée contre inconnu? Distinction. Instruction. Jugement. — **103**. L'action publique ne peut être dirigée que contre les auteurs et les complices de l'infraction. Conséquences. Des personnes civilement responsables quant aux frais. Des personnes morales. Des héritiers des auteurs et des complices. — **104**. L'action publique est dirigée contre le prévenu sans qu'il soit nécessaire de mettre en cause son représentant.

101. L'action publique est dirigée contre un *individu, pénalement* responsable de l'infraction. Cette action n'est pas, en effet, une action objective, destinée à faire disparaître un état de choses ou à modifier une situation, c'est une action subjective, dirigée contre un *individu* qui doit être condamné à une peine, parce qu'il est auteur, coauteur ou complice d'une infraction.

La *personnalité* ou plutôt l'*individualité des peines* a ainsi pour conséquence, dans la procédure, la *personnalisation* ou plutôt l'*individualisation de l'action publique*. Cette conception a trois corollaires pratiques : 1° L'action publique ne peut être exercée que contre un individu certain et déterminé; 2° L'action publique ne peut être exercée que contre un individu qui est auteur ou complice d'une infraction; 3° L'action publique est exclusivement dirigée contre l'inculpé, et si celui-ci est un incapable, il n'est pas besoin d'appeler en cause son représentant ou son conseil.

102. Au point de vue de l'exercice de l'action publique, il y a lieu de faire une distinction essentielle entre les deux phases du procès pénal.

a) L'action publique peut être dirigée contre *inconnu* lorsqu'elle tend à la découverte de la vérité par le moyen d'une

[53] La question que j'examine ici ne paraît pas avoir préoccupé la doctrine. Je ne connais aucun auteur qui l'ait examinée. La jurisprudence ne paraît pas non plus avoir eu de nombreuses occasions de la résoudre.

Digitized by Google

instruction. Le réquisitoire *à fin d'informer* ou *introductif*, qui est le premier acte de la procédure préalable, énonce le fait matériel, le lieu et la date approximative où il a été commis; il qualifie le délit, vise l'article de loi qui paraît s'y appliquer et désigne l'individu soupçonné, mais seulement s'il est connu[1]. L'instruction a pour objet de déterminer si un procès doit être fait et à qui il doit être fait. Aussi la saisine du magistrat instructeur a lieu *in rem* et contre tous ceux qui pourraient avoir commis le fait à l'occasion duquel l'instruction est ouverte[2].

b) Mais quand elle tend à établir la culpabilité, l'action publique doit être dirigée contre un individu certain et déterminé. Le nom de cet individu peut être inconnu, son état civil ignoré : qu'importe? on le poursuivra et on le condamnera si l'identité entre l'inculpé et l'individu qui a commis le fait peut être établie[3]. En un mot, la saisine devant les juridictions de jugement a toujours lieu *in personam*. La citation ou l'ordonnance de renvoi désigne toujours l'inculpé. Ce n'est pas un *délit* qui est recherché et poursuivi, c'est un *délinquant*.

Du reste, la capacité juridique du défendeur à l'action publique est absolument sans influence sur la procédure, ainsi que nous le constatons plus loin. Ce qui est essentiel, c'est que la poursuite vise l'individu que le ministère public prétend faire condamner à une peine, parce que cet individu est *coupable* du fait qui lui est reproché.

103. La responsabilité pénale étant seule mise en jeu par

§ XVI. [1] Les instructions ouvertes contre X.... n'ont donc rien d'anormal. Elles n'aboutissent pas toujours à dégager l'*inconnu*, mais, dans tous les cas, elles tentent de le faire.

[2] Lorsqu'il s'agit d'un acte de contrainte individuelle, tel que la délivrance d'un mandat, le magistrat instructeur est bien obligé de désigner un individu dont il peut ignorer le nom, mais qu'il décrit d'une façon suffisamment précise, par son signalement, pour que le porteur du mandat puisse l'appliquer à l'individu désigné (C. instr. cr., art. 91 à 112).

[3] Voy. une espèce intéressante dans Cass., 15 févr. 1849 (D. 49. 1. 135).

Digitized by Google

l'action publique, il faut que l'inculpé soit *auteur*, *coauteur* ou *complice* de l'infraction incriminée.

En dehors de ce cercle bien délimité, l'action publique est irrecevable. De cette règle, je conclus : 1° Que l'action publique ne peut être dirigée, tout au moins au point de vue de la peine, contre les personnes civilement responsables ; 2° qu'elle ne peut l'être contre les personnes morales ; 3° qu'elle ne peut l'être contre les héritiers des auteurs ou des complices du délit.

I. L'action publique n'est pas recevable, au point de vue de la peine, contre les personnes qui, bien que n'ayant participé au délit ni comme auteurs, ni comme complices, sont cependant civilement responsables du dommage que le délit a causé[4]. Sans doute, le ministère public peut actionner ces personnes, en même temps que les auteurs et les complices du délit, devant les tribunaux de répression, pour demander leur condamnation aux *frais de la poursuite*, en tant que civilement responsables de ces frais[5]. Mais ce n'est pas précisé-

[4] Cass., 16 nov. 1841 (D. A., v° *Instr. crim.*, n. 82). Cet arrêt contient des motifs intéressants sur la distinction entre l'action publique pour l'application des peines, et l'action privée en réparation. — Comp. Cass., 6 déc. 1861 (D. 62. 5. 79); 24 avr. 1891 (D. 93. 1. 49); 21 juin 1895 (D. 95. 1. 438); 13 juill. 1898 (D. 96. 1. 50).

[5] Le droit du ministère public de requérir la condamnation des personnes civilement responsables aux frais et, par suite, de les assigner, en même temps et devant les mêmes juges que les prévenus et accusés, pour obtenir cette condamnation, paraît consacré par l'article 194 du Code d'instruction criminelle : « Tout jugement de condamnation rendu contre le prévenu et les personnes civilement responsables du délit, ou contre la partie civile, les condamnera aux frais, *même envers la partie publique* ». *Adde*, article 156 du décret-loi du 18 juin 1811. Sans doute, ces textes sont étrangers aux droits du ministère public : mais ils posent un principe d'où résultent ces droits. Les frais occasionnés par la poursuite du délit sont une conséquence de ce délit, et la partie publique trouve, dans les frais ainsi exposés, un intérêt qui justifie son action : elle peut donc, en exerçant l'action publique, agir accessoirement, et dans la mesure de cet intérêt, contre la personne civilement responsable. C'est sur ce terrain que la Cour de cassation a placé très nettement sa jurisprudence : Cass., 13 déc. 1856 (D. 57. 1. 78) : « Attendu « qu'un délit ne cause pas seulement un dommage à la personne qui en est

Digitized by Google

ment une exception aux principes généraux que régissent, soit l'action publique, soit la responsabilité civile, puisque, d'une part, l'obligation de payer les frais de justice constitue la réparation, vis-à-vis de l'État, d'un préjudice spécial causé par le délit, dont sont tenues les personnes civilement responsables, et que, d'autre part, le ministère public, à titre de représentant de l'État, a bien qualité pour demander et obtenir contre elles cette condamnation pécuniaire. Si donc le ministère public n'exerce pas l'action civile vis-à-vis des personnes civilement responsables, en poursuivant leur condamnation aux frais, il leur demande cependant, par l'*action publique*, de réparer le préjudice causé à l'État par la nécessité même où se trouve placé son représentant d'engager le procès pénal contre l'auteur de l'infraction[6].

Du reste, l'action publique peut être dirigée contre les per-

« victime; qu'il occasionne également un préjudice au Trésor public, quand « celui-ci se trouve contraint de faire l'avance des frais de la poursuite di- « rigée contre le prévenu; qu'en ce cas, la condamnation aux dépens pro- « noncée tant contre le prévenu déclaré coupable que contre la partie civi- « lement responsable aux termes de l'article 194 du Code d'instruction « criminelle, en devient la juste réparation, et ne peut être subordonnée à « l'intervention d'une partie civile en cause, ni à une condamnation envers « elle à des dommages-intérêts ».

[6] En sens contraire cependant : Maurice Leven, *De l'exercice de l'action civile par le ministère public* (*Rev. trimestrielle de droit civil*, t. 1, 1902, p. 528 à 544). « Arrivé au terme de cette étude, écrit l'auteur, nous pou- « vons conclure que rien ne semble justifier les poursuites dirigées par le « ministère public contre les personnes civilement responsables. Elles con- « stituent même une violation des articles 1 et 3 du Code d'instruction cri- « minelle, une atteinte aux droits de la partie lésée, à la faculté qu'elle a « d'exercer l'action civile, d'y renoncer, de transiger avec elle ». Cette dissertation ne nous a pas convaincu. Il ne s'agit pas, en effet, de la réparation, vis-à-vis de la victime du délit, d'une partie du dommage qui lui a été causé. Cette réparation est exclusivement réservée à la partie civile, sur les droits et les intérêts de laquelle le ministère public n'a pas à usurper. Il s'agit d'un dommage causé à l'État, dont le ministère public est, dans la circonstance, le seul représentant, par l'exercice même de l'*action publique*. La réparation de ce dommage spécial est un accessoire de la poursuite, il peut être demandé en même temps et devant les mêmes juges et par la même action.

Digitized by Google

sonnes civilement responsables, lorsque la responsabilité civile expose ceux qui en sont tenus à des *peines* pécuniaires. Ce résultat se produit dans des circonstances assez nombreuses. D'abord, des textes formels édictent l'amende, sous des conditions déterminées, contre certaines personnes civilement responsables[7]. En second lieu, les tribunaux donnent à ces dispositions une interprétation très large et, pour les faits qu'elles visent, étendent la responsabilité civile à l'amende, lors même que manque quelqu'une des conditions prévues par la loi[8]. Enfin, la jurisprudence admet que les individus civilement responsables sont parfois tenus de peines à raison d'infractions qu'aucune loi expresse n'excepte du droit commun. « Les règlements relatifs à l'exercice d'une profession, « disent, depuis longtemps, les arrêts, obligent tous ceux qui « exercent cette profession; ils sont donc passibles des peines « pour toute infraction à ces règlements, soit que l'infraction « résulte de leur fait, soit qu'elle ait été commise par leurs « ouvriers ou préposés[9] ».

Dans les industries réglementées, le patron est donc exposé à payer l'amende pour les actes des gens qu'il emploie. Bien plus, les dernières décisions de la jurisprudence semblent ne plus limiter à ces industries la règle spéciale qu'elles établissent; leurs formules se rapprochent de celle du Code pénal italien (art. 60)[10] et embrassent toutes les hypothèses, où il

[7] Loi 6-22 août 1791, tit. XIII, art. 20; décret du 4 germ. an II, tit. III, art. 8, sur les douanes; décret du 1er germ. an XIII, art. 35, sur les contributions indirectes; arrêté consulaire du 27 prair. an IX, sur les infractions postales; C. forest., art. 45 et 46, concernant les délits forestiers spécifiés.

[8] Cass., 11 oct. 1834 (S. 34. 1. 708); 30 nov. 1869 (S. 70. 1. 115). Voy. mon *Traité théor. et prat.*, 2e éd., t. 2, p. 578, n° 233; Pabon, *Traité des infr., du cont. et des tarifs des douanes*, nos 276, p. 157.

[9] V. Cass., 4 janv. 1842 (S. 42. 1. 885). Comp. Cass., 28 janv. 1859 (S. 59. 1. 364); 26 août 1859 (S. 59. 1. 973); 30 déc. 1892 et 12 mai 1893 (S. 94. 1. 201) et la note de M. Villey; 19 avr. 1894 (S. 94. 1. 301); 31 juill. 1893 (S. 94. 1. 202); Paris, 23 nov. 1894 (S. 96. 2. 9).

[10] « Dans les contraventions commises par celui qui est soumis à l'autorité, à la direction ou à la surveillance d'autrui, la peine, indépendamment de ce qui concerne le prévenu, est appliquée également à la personne, soit

Digitized by Google

résulte, soit du texte, soit de l'esprit de la loi, qu'une personne doit exercer une action directe sur le fait d'autrui. Cela suffit pour que cette personne subisse des condamnations pénales, quand, n'ayant pas exercé la surveillance qui lui incombait, elle a laissé des infractions se commettre[11]. Ce n'est pas ici le lieu de discuter ces extensions successives données par la jurisprudence à la responsabilité civile et la transformation qui est en voie de s'accomplir du civil au pénal. Il convient seulement de remarquer que, pour les faits d'ordre fiscal, l'amende est considérée comme une réparation et l'action, donnée à l'administration pour la faire prononcer, comme une action plutôt civile, tandis que, pour les faits d'ordre non fiscal, l'amende ne cesse pas d'être une peine proprement dite et l'action qui a pour but de la faire appliquer est bien l'action publique ordinaire. Dans le premier groupe d'hypothèses, l'administration fiscale ou le ministère public qui la représente, demande la prononciation, par les tribunaux de répression, d'une sorte de composition, dont le bénéfice est attribué à l'administration elle-même. Dans le second, le ministère public poursuit l'application de *peines de négligence* et met en jeu la responsabilité personnelle d'un chef d'industrie, d'un propriétaire, etc., qui a manqué à une obligation légale, imposée sous la sanction d'une peine.

II. Le défendeur à l'action publique est toujours un *individu,* une personne physique, en chair et en os : ce ne peut être une personne morale. Il est de règle, dans notre jurispru-

investie de l'autorité, soit chargée de la direction ou de la surveillance, s'il s'agit de contraventions à des dispositions que cette personne était tenue de faire observer et si la contravention pouvait être empêchée par sa diligence ». Comp. C. pén. allemand, § 361.

[11] V. Cass., 30 déc. 1892 et 12 mai 1893, précités; 19 avr. 1894 (D. 96. 1. 51) : « Attendu, lit-on dans ce dernier arrêt, que si, en principe, nul n'est « passible de peines qu'à raison de son fait personnel, la responsabilité pé- « nale peut cependant naître du fait d'autrui, dans les cas exceptionnels où « certaines obligations légales imposent le devoir d'exercer une action directe « sur les faits d'un auxiliaire ou d'un subordonné ». V. aussi Limoges, 6 juin 1872 (S. 72. 2. 184). Comp. Chauveau et Hélie, t. 1, n° 130, p. 228 et mon *Traité théor. et prat.*, 2e éd., t. 6, nos 2278 à 2284.

Digitized by Google

dence pratique, que les *universitates personarum* ou *bonorum* ne sont pas pénalement responsables. La raison en est que les peines sont personnelles, proportionnées à la culpabilité de chaque agent du fait délictueux, et ne peuvent atteindre que cet agent personnellement. D'où il suit que le ministère public engagerait mal l'action publique en citant une fondation ou une corporation devant les tribunaux répressifs pour lui faire appliquer une peine. Une personne morale est bien, aux yeux de la loi, un être susceptible d'accomplir des actes juridiques, donc de figurer comme défendeur dans une instance. Mais, on l'a dit avec raison, « cette fiction légale cesse précisément là où la réalité commence », c'est-à-dire devant une juridiction pénale qui demande compte au prévenu de ses actes personnels. Un être moral, simple fiction de la loi, ne peut pas agir par lui-même. Son existence ne se manifeste que par l'intermédiaire d'autrui. Comment punir un être fictif qui n'existe et n'a de volonté que par son représentant? Comment infliger une peine à un autre que celui qui a commis l'infraction[12]? Mais si les personnes morales ne peuvent être poursuivies pénalement, elles peuvent être déclarées civilement responsables, même par les tribunaux de

[12] La personnalité des peines a deux conséquences, à ce point de vue : 1° quant à *la procédure de l'action publique* : cette action ne peut être dirigée contre une fondation ou corporation, elle doit l'être individuellement et distinctement contre chacun des individus qui la représentent, dans la mesure où ils ont participé au délit; 2° quant à *la pénalité* : une peine d'amende et de confiscation ne peut être prononcée contre une société, une corporation, mais individuellement contre chacun des coupables. Cfr. Cass., 10 mars 1877 et 8 mars 1883 (D. 84. 1. 429); Paris, 16 déc. 1885 (S. 86. 2. 40); Orléans, 8 nov. 1887 (D. 87. 2. 97) et ma note. Mais la jurisprudence, dans les arrêts où elle affirme ces deux règles, a soin de réserver les hypothèses où il en est autrement décidé par la loi. Il existe, en effet, quelques cas de responsabilité pénale collective consacrés par des textes formels (V. par exemple : C. for., art. 23 et 34, établissant, pour les cas qu'il prévoit, la responsabilité pénale des communes. Voy. également L. 17 juill. 1874, art. 5). On consultera, sur ce sujet, l'excellente thèse de doctorat de M. Bouvier, *De la responsabilité pénale et civile des personnes morales en droit français*, 1887.

Digitized by Google

répression [13], à raison des délits commis par leurs agents. Le droit commun leur est, à ce point de vue, applicable. C'est ainsi que les compagnies de chemins de fer sont, tous les jours, citées, devant les tribunaux correctionnels, comme civilement responsables des délits commis par leurs agents dans les fonctions auxquelles ceux-ci ont été préposés [14]. L'article 106, de la loi municipale du 5 avril 1884, rend les communes civilement responsables de certains délits commis sur leur territoire. Nul doute que les communes ne puissent être citées, à ce titre, avec les auteurs de ces délits, devant les tribunaux de répression, mais comme civilement responsables.

J'ai présenté, jusqu'ici, comme une fiction, l'existence des personnes morales. Mais on sait que le concept de la personnalité morale a été repris, examiné et retourné, dans ces dernières années, soit en France, soit à l'étranger.

Deux théories ont été opposées à la théorie traditionnelle.

D'après la première, les personnes morales seraient non plus des fictions, mais des êtres réels, indépendants des individus qui les composent, et agissant comme des individus, quoique par des procédés différents : elles pourraient donc faire le mal, délinquer, être punies [15]. D'après la seconde, loin d'avoir une existence distincte des individus qui la composent, la personne morale ne serait qu'une construction artificielle, imaginée par les juristes pour abriter la propriété collective et l'opposer à la propriété individuelle. « C'est « une idée incompréhensible, écrit M. Planiol [16], qu'il puisse « y avoir sur la terre des titulaires de droits, autres que les « hommes ». Le temps serait donc venu de dissiper ce fan-

[13] Alger, 29 mars 1879 (D. 81. 2. 63).

[14] Je n'ai pas à examiner ici s'il existe ou non une contradiction entre la situation faite aux personnes morales au point de vue de la responsabilité pénale et celle qui leur est faite au point de vue de la responsabilité civile. Voy. Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité* (Th. doct., Paris, 1899), p. 238 à 244.

[15] Voy. A. Mestre, *op. cit.*, passim. Comp. Séon, *Étude sur la responsabilité pénale et civile des syndicats professionnels* (Th. doct., Dijon, 1900).

[16] *Traité de droit civil* (3e éd.), t. 1, p. 983, note 3. Voy. également une note de Planiol, sous Lyon, 2 mars 1893 (D. 94. 2. 305).

Digitized by Google

tôme de la personnalité civile pour ne retenir que la réalité qu'il recouvre : à savoir une masse de biens dont les éléments se rattachent aux individus composant la collectivité.

Je ne sais s'il est exact de voir, dans la personnalité morale, une simple construction juridique recouvrant la réalité, c'est-à-dire, au point de vue des biens, une masse collective sans indivision, et, au point de vue des individus, un groupement de volontés coordonnées dans un but commun. Il n'en est pas moins vrai que l'être moral est le support technique nécessaire des individus composant la collectivité et la raison même de leur indétermination. Nous savons bien, en effet, que « les personnes sont des hommes envisagés sous le rapport du droit[17] » ; mais nous savons aussi que les *hommes* peuvent être envisagés, soit comme individus, soit comme groupes d'individus. Ils agissent individuellement ou collectivement et commettent des délits en abusant de l'une ou de l'autre de ces deux formes d'activité. Or, c'est en nous plaçant sous ce dernier angle que nous allons examiner deux questions essentielles, qui mettent en jeu, tout à la fois, les principes du droit pénal et ceux de la procédure.

a) La force des choses ne permet pas que les personnes morales soient atteintes par les pénalités afflictives corporelles, telles que l'emprisonnement[18]. Mais rien ne s'opposerait, en fait, à ce qu'elles soient frappées, dans leur patrimoine, par des peines pécuniaires, amendes, confiscations. Il est cependant de règle, dans notre droit, que l'action publique ne peut être intentée contre une réunion d'individus formant une personne

[17] Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil* (3e éd., 1895), t. 1, n° 13, p. 63.

[18] Voy. sur ce point, les observations de Rousseaud de la Combe, *Matières criminelles*, p. 320, à propos du commentaire de l'article 4 du titre XXI, de l'Ordonnance de 1670, sur la manière de faire le procès aux communautés des villes, bourgs et villages, corps et compagnies. « Les condamnations ne « pourront être que de réparation civile, dommages et intérêts envers la par- « tie, d'amende envers nous, privation de leurs privilèges, et de quelque « autre punition qui marque publiquement la peine qu'elles auront encou- « rue par leur crime ».

Digitized by Google

civile, telle qu'une société de commerce, une commune, etc.[19]. L'application en a été faite, particulièrement, en cas de délit de contrefaçon commis par une société de commerce, et il a été souvent décidé qu'on ne pouvait poursuivre pénalement la société, mais que l'action devait être engagée, à peine de nullité de la citation, contre les individus, administrateurs, directeurs, qui avaient personnellement contrefait, acheté, introduit ou exposé des objets contrefaits[20].

Mais il existe un certain nombre d'exceptions à la règle suivant laquelle les personnes morales ne peuvent être poursuivies pénalement.

Ainsi, en matière forestière, l'amende doit être prononcée contre une commune, lorsqu'il s'agit d'infractions à des dispositions qui sont imposées à celle-ci en tant qu'être collectif, propriétaire ou usager de forêts (C. for., art. 82, 132, 199). La loi édicte, en certains cas, une responsabilité pénale contre certaines personnes morales, les compagnies de chemins de fer, relativement aux amendes de grande voirie (L. 15 juill. 1846, art. 12, 15 et 21). Sous l'empire de la loi du 10 vendémiaire an IV, restée en vigueur jusqu'à la loi municipale du 5 avril 1884, les communes encouraient une responsabilité pénale en cas de délits commis par des attroupements ou rassemblements. Elles n'encourent plus qu'une responsabilité civile légale (art. 106).

b) Le ministère public ne devrait-il pas être armé d'une action spéciale pour requérir la nullité ou la dissolution de toutes les agrégations d'hommes, de toutes les associations, sortant des bornes de leur action légale, et menaçant, par cela même, l'ordre public? Cette action paraît être la contre-partie nécessaire de la liberté d'association. Aussi a-t-elle été organisée par la loi même du 1er juillet 1901, qui accorde aux associations déclarées la capacité juridique, qui permet aux

[19] Sur les développements de cette jurisprudence que nous avons déjà fait connaître dans la note 12 : Mestre, *op. cit.*, p. 231 à 233.

[20] Ajoutez aux arrêts cités, note 12 : en matière de contrefaçon artistique : Nancy, 11 déc. 1890 (D. 91. 2. 375); en matière d'infraction à un arrêté de police : Cass., 8 mars 1883 (D. 84. 1. 429); 17 déc. 1891 (D. 92. 1. 365).

Digitized by Google

associations reconnues d'utilité publique de faire tous les actes de la vie civile qui ne sont pas interdits par leurs statuts, qui déclare enfin que les associations de personnes pourront se former librement, sans autorisation ni déclaration préalables (art. 1, 2, 5 et 6). Mais la loi prévoit deux sortes de *délits d'association*. Celui qui consiste à former une association nulle. « Toute association fondée sur une cause ou en vue « d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, « ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du « territoire national et à la forme républicaine du gouverne- « ment est nulle et de nul effet ». La mise en œuvre de cette sanction, prononcée par l'article 3, est organisée par le § 1 de l'article 7, en ces termes : « En cas de nullité prévue par « l'article 3, la dissolution sera prononcée par le tribunal « civil, soit à la requête de tout intéressé, soit à la diligence « du ministère public ». Le délit consiste, pour une association licite, à contrevenir aux dispositions réglementaires qui lui sont imposées par l'article 5. Le § 2 de l'article 3 déclare : « En cas d'infraction aux dispositions de l'article 5, la disso- « lution pourra être prononcée à la requête de tout intéressé « ou du ministère public ». Le *délit des individus* est prévu par l'article 8 : il est poursuivi, conformément au droit commun, devant le tribunal correctionnel. Mais le *délit de l'association* est frappé d'une peine *sui generis*, la *dissolution*, qui est prononcée par le tribunal civil. Ainsi se trouve restaurée, par la loi même qui rétablit la liberté de l'association, cette *répression corporative* que l'article 292 du Code pénal organisait, du reste, comme l'accessoire de la répression individuelle, contre les associations formées sans autorisation. Je remarque aussi que la loi du 1er juillet 1901 est imprégnée de la conception traditionnelle de la personnalité morale : l'action qu'elle ouvre, au ministère public comme à tout intéressé, a précisément pour objet d'obtenir, du tribunal civil, la disparition du support qui soutient le patrimoine et le groupement des associés.

III. L'action publique, à la différence de l'action civile, n'est pas donnée contre les héritiers; elle « s'éteint par la

Digitized by Google

mort du prévenu » (C. instr. cr., art. 2). Il importe peu que, à l'époque du décès de ce dernier, l'action publique n'ait pas encore été intentée, ou que le ministère public ait déjà commencé des poursuites, et que, dans ce dernier cas, le prévenu soit décédé avant le jugement ou après la condamnation : il suffit que la condamnation n'ait pas acquis l'autorité de la chose jugée, soit parce que le condamné l'a attaquée par la voie de l'appel ou du pourvoi en cassation, soit même parce qu'il est mort dans les délais de l'appel ou du pourvoi, pour que le décès anéantisse l'action publique non définitivement jugée, et, par suite, la *procédure* et le *jugement* [21]. Nous reviendrons sur tous ces points à l'occasion de l'extinction de l'action publique.

104. Le ministère public n'a pas besoin, si le prévenu est un incapable, femme mariée, mineur, interdit, prodigue, d'appeler en cause son représentant, son conseil. D'une part, l'action est individuelle, elle ne peut être dirigée que contre le coupable. D'autre part, l'action est inévitable, et la présence du représentant ou du conseil de l'incapable ne lui serait d'aucun secours [22].

[21] Les frais du procès engagé restent à la charge du ministère public, à moins qu'il y ait une partie civile en cause.

[22] Arg. de l'article 216 du Code civil et 66 du Code pénal. Comp. Trib. de la Seine, 10 déc. 1896 (S. 98. 2. 220); Cass., 27 avr. 1899 (S. 1900. 1. 535) et la note. Nous examinons plus loin la question en ce qui concerne la partie civile.

Digitized by Google

CHAPITRE II

DE L'ACTION CIVILE.

§ XVII. — DE QUELS FAITS NAIT L'ACTION CIVILE.

105. L'action civile naît d'un délit pénal dommageable. — **106.** De l'action en dommages-intérêts fondée sur un délit civil et de l'action en dommages-intérêts fondée sur un délit pénal. Comparaison. — **107.** Du caractère dommageable que doit avoir le délit pénal.

105. L'action civile ne peut naître que si le fait, dans lequel elle puise son origine, réunit deux caractères : si ce fait est une *infraction* et si cette *infraction* est *dommageable*.

106. Sans doute, un fait qui n'est pas prévu par la loi pénale, mais qui, cependant, est injuste et dommageable (un *délit* ou *quasi-délit civil*), peut engendrer une action en dommages-intérêts (C. civ., art. 1382). Mais l'*action en dommages-intérêts*, naissant d'un délit civil, qui ne contient pas un délit pénal, diffère, à plusieurs points de vue, de l'*action civile*, naissant d'un délit pénal, qui contient, en même temps, un délit civil : 1° la première ne peut être portée que devant les tribunaux civils ; la seconde peut aussi, au choix de la victime, être portée devant les tribunaux de répression (C. instr. cr., art. 3); 2° l'action en dommages-intérêts se prescrit par trente ans (C. civ., art. 2262); l'action civile est soumise à la même prescription que l'action publique (C. instr. cr., art. 2, 637, 638, 640); 3° l'action en dommages-intérêts tend à faire reconnaître et liquider une créance civile ordinaire, dépourvue de garanties spéciales; l'action civile aboutit à une condamnation garantie par la solidarité légale et la contrainte par corps (C. p., art. 55 ; L. 22 juill. 1867, art. 1er).

Ce qui motive ces différences entre ces deux actions, qui tendent cependant au même but, la *réparation du préjudice*,

Digitized by Google

qui ont la même cause, le *dommage résultant d'un fait illicite*, et dont le caractère *indemnitaire* est identique, c'est qu'il y a quelque chose de plus dans le délit pénal qu'une lésion de l'intérêt privé, il y a une lésion de l'intérêt social, et l'action civile, à laquelle donne naissance le délit pénal, qui contient un délit civil, ne peut être complètement isolée de l'action publique. En effet, dans une action en dommages-intérêts ordinaire, l'intérêt social n'est pas directement en cause, et lorsque la partie lésée agit en réparation, le débat s'engage simplement entre un créancier et un débiteur; tandis que, dans le défendeur à l'action civile, il y a, non seulement un débiteur, mais un coupable.

La législation qui régit l'action civile, est, à certains points de vue, plus favorable à la victime que celle qui régit l'action en dommages-intérêts ordinaire. On donne à la partie lésée l'accès des tribunaux de répression et la possibilité de vaincre indirectement la mauvaise volonté du débiteur qui, bien souvent, réparera le dommage qu'il a causé, en vue d'éviter le procès pénal dont il est menacé. On garantit plus énergiquement l'exécution de la condamnation, en faisant de la liberté du condamné le gage de sa dette. Mais, au point de vue de la prescription, la loi impose à l'intérêt privé certains sacrifices inspirés par la fausse notion de l'intérêt général. La victime d'un délit pénal se trouve, en effet, souvent désarmée pour réclamer la juste indemnité qui lui est due, alors que la victime d'un délit civil est encore en mesure de le faire.

107. L'article 1^er^ du Code d'instruction criminelle accorde l'action civile aux personnes « qui ont souffert du *dommage* causé par l'infraction ». Or, si toute infraction produit un *trouble social*, et fait naître une action publique, ce serait une erreur de croire que toute infraction cause nécessairement un *dommage proprement dit*[1]. En effet, la loi pénale incrimine certains actes qui *compromettent* l'existence ou l'exer-

§ XVII. [1] Sur cette distinction entre l'action pénale et l'action civile, voy. mon *Précis de droit criminel* (8^e^ éd.), n° 43.

Digitized by Google

cice de certains droits, sans y porter une atteinte actuelle, et sans qu'il en soit résulté, pour une personne physique ou morale, un dommage quelconque. C'est ainsi qu'elle punit la simple tentative de crimes et celle de certains délits[2], et que, dans un but de police, elle frappe, de peines plus ou moins graves, de nombreux faits, qui, par eux-mêmes et par eux seuls, n'ont aucune conséquence immédiatement dommageable, tels que le port d'armes prohibées (C. p., art. 314), le vagabondage (C. p., art. 277), etc.

Quels caractères doit avoir le préjudice causé par l'infraction? A quelles conditions l'action civile, basée sur ce préjudice, est-elle recevable et fondée?

I. L'infraction peut être la cause de différentes sortes de préjudice. Si elle atteint le patrimoine, le dommage qui en résulte est *pécuniaire* ou *économique*. Si elle atteint la vie, la santé, la liberté, il est *matériel* ou *physique*. Si elle atteint l'honneur, la considération, la réputation, il est *moral* ou *intellectuel*. Dans le premier cas seulement, une réparation en argent, *adéquate au dommage éprouvé*, peut être obtenue par la victime et accordée par le coupable.

Dans les deux autres cas, toute réparation, rigoureusement proportionnée au préjudice, est certainement impossible. Faut-il donc, pour que l'action civile puisse être exercée, que le délit soit susceptible d'une réparation en argent, équipollente au dommage éprouvé? Évidemment non.

Si la lésion se répercute indirectement sur le patrimoine, comme serait l'atteinte au crédit d'un commerçant causée par une diffamation, l'incapacité de travail d'un ouvrier blessé dans une rixe, le préjudice se résout en un *dommage pécuniaire*, et l'action civile est certainement recevable. Mais on a prétendu que le dommage *moral* proprement dit ne pouvait

[2] La question de savoir si celui qui a été l'objet d'une tentative de crime ou de délit restée sans effet, est recevable à exercer l'action civile, est une question de fait et non de droit. La tentative a pu produire un effet nuisible, un trouble quelconque de santé. Il y a là un préjudice qui se rattache par un lien direct à la tentative et qui en dérive. Voy. D. A., *Supplément*, v° *Procédure criminelle*, n° 162.

Digitized by Google

servir de base à une action civile. Cette thèse est, depuis longtemps, abandonnée en France comme en Belgique. Nous n'avons, en effet, dans notre droit, rien d'analogue à une institution qui existe, sous divers titres, dans certains pays étrangers. Elle consiste en ce que les délits qui offensent l'honneur de la personne ou de la famille, alors même qu'il ne leur a été causé aucun préjudice, peuvent motiver une condamnation spéciale, distincte, *à titre de compensation*[3]. C'est là une protection particulière, expresse, dont on retrouve la trace dans le droit romain[4], le droit germanique, dans les statuts du moyen âge, sorte d'amende privée, de complément de peine, qui s'ajoute au dédommagement matériel. Or, en l'absence de cette institution, il serait peu équitable de priver la personne offensée de la réparation ordinaire qui ne peut lui être fournie que sous forme de *dommages-intérêts*. Et la loi française n'ayant exigé, nulle part, la nécessité d'un dommage pécuniaire ou matériel pour donner ouverture à l'action civile, on en a conclu, à bon droit, qu'un dommage moral pouvait lui servir également de base. En effet, l'article 1382 du Code civil et l'article 1er du Code d'instruction criminelle, parlent, d'une manière générale, de « dommage », sans distinguer entre ces différentes espèces de dommages et, notamment, sans exclure le dommage moral[5]. Sans doute, la

[3] Comp. C. p. ital., art. 37 et 38 et C. de proc. pén. ital., art. 760; C. allemand, §§ 186-188. La pratique anglo-américaine est constante. Voy. Travaglia, *Il nuovo Codice penale, parte generale, dei reati et delle pene* (Rome, 1889), t. 1, p. 154 et suiv.; L. Lucchini, *Elementi di procedura penale* (Florence, 1895), p. 125; Bertola, *Della pena pecuniaria* (*Rivista penale*, t. 37, p. 438; t. 42, p. 5); Dochow, *Die Busse im Strafrecht und Process*, Iena, 1875.

[4] C'est ainsi qu'en droit romain, la lésion corporelle n'était pas susceptible d'une réparation en argent (*cum liberum corpus æstimationem non recipiat*), mais donnait lieu à une action pénale privée.

[5] Cette jurisprudence a introduit ainsi, dans notre pratique, sous une forme détournée et embryonnaire, l'institution de la réparation pécuniaire de l'offense, analogue à celle de la *Busse* germanique. C'est une sorte de complément de la répression pour les délits qui portent atteinte à l'honneur et à la considération, dans lesquels, par conséquent, le côté individuel et personnel du délit est dominant et réclame une sanction spéciale. Mais l'action qui

Digitized by Google

réparation d'un dommage, inappréciable en argent, se résolvant en une indemnité pécuniaire, est forcément arbitraire; mais de ce que le juge ne peut accorder une réparation exacte du préjudice causé, il ne s'ensuit pas qu'il ne puisse en accorder aucune. La difficulté d'évaluer le préjudice ne saurait être une fin de non recevoir contre l'action. De cette règle résultent les conséquences que voici : 1° Toute infraction préjudiciable, de quelque nature que soit ce préjudice, autorise celui qui en est victime à demander des dommages-intérêts; 2° Le juge, dans l'indemnité qu'il accorde, doit tenir compte de ces deux éléments, le préjudice pécuniaire et le préjudice moral[6]; 3° Il faut, par suite, qu'il réponde, dans sa décision, à ces deux chefs de réclamations, s'ils sont distincts dans la demande de la partie lésée.

Mais la notion du dommage moral ne doit pas être étendue au delà de ses limites naturelles. Nous verrons, en effet, que, pour justifier l'intervention ou l'action d'une partie civile, il ne suffirait pas à celle-ci de démontrer qu'elle a été blessée dans ses *affections*, ses *goûts*, ses *habitudes*. Il faut un dommage sérieux, qui puisse être mesuré et pesé, qui soit équivalent à un *intérêt*, puisque l'intérêt est la mesure des actions. Sans doute, dans la réparation du dommage matériel ou moral, il peut être tenu un certain compte du préjudice éprouvé par le plaignant dans ses affections[7]. Mais l'action civile ne saurait être exclusivement basée sur un intérêt de ce genre.

est ainsi donnée n'est pas l'action publique, c'est l'action civile, toute différente de l'accusation privée allemande (*Privatklage*).

[6] Sur tous ces points, il y a unanimité en doctrine et en jurisprudence. Voy. notamment Hoffman, *Questions préjudicielles*, t. 1, n° 33; Trébutien, t. 2, n° 129; Laborde, n° 773. Comp. Cass., 7 juill. 1847 (D. 47. 4. 8); 18 mars 1853 (D. 53. 5. 167); Orléans, 22 juin 1887 (D. 88. 2. 29); Cass., 7 juin 1893 (S. 95. 1. 493). Sur la question : Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité des obligations*, t. 3, n° 2871.

[7] Sur la question : Derville, *De l'intérêt moral dans les obligations* (Th. doct., Paris, 1901), p. 67 à 80; D. A. *Supplément*, v° *Procédure criminelle*, n°s 154 et 155. A Rome, Papinien disait : *Placuit prudentioribus affectus rationem in bono fidei judiciis habendam* (L. 54, Dig., 17, 1). Mais dans le droit moderne, les auteurs et la jurisprudence ont toujours exigé que

Digitized by Google

II. Si la recevabilité de l'action civile ne dépend pas de la *nature* du dommage, elle peut dépendre d'autres circonstances générales. Il faut, en effet : 1° que le dommage soit le résultat de l'infraction; 2° qu'il soit personnel à celui qui s'en plaint; 3° qu'il soit actuel.

a) Le dommage doit être *causé* par un crime ou un délit. La lésion, *à l'occasion* de ces mêmes faits, ne serait pas suffisante. Cette condition résulte des termes mêmes de l'article 1er du Code d'instruction criminelle; elle est juridique, puisque l'idée de *responsabilité* est fondée sur l'idée de *causalité* et que, dans la chaîne qui soude les causes et les effets les uns aux autres, il faut s'arrêter, sous peine d'exagération et d'inquisition, aux anneaux les plus proches. En un mot, la responsabilité civile, comme la responsabilité pénale, doit être directe : il faut établir qu'il y a un rapport de cause à effet entre le délit et le préjudice (C. civ., art. 1151), car il est impossible de condamner quelqu'un à des dommages-intérêts tant qu'il n'est pas prouvé que c'est lui qui a, *par sa faute*, causé le dommage. Par conséquent : 1° Si le dommage a sa raison d'être dans une circonstance étrangère au délit, alors même que, sans le délit, cette circonstance ne se serait pas produite, on ne saurait en rendre le délinquant responsable; 2° Le dommage qui peut être imputé au délinquant à ce titre, c'est celui qui est la conséquence même de l'infraction. Ces deux propositions doivent être reprises et appliquées.

La première est évidente. C'est ainsi que l'accusé acquitté ne serait jamais recevable à se porter partie civile sur les poursuites dirigées ultérieurement contre le vrai coupable : le dommage qu'il a éprouvé n'a pas, en effet, sa cause dans l'infraction, mais dans la fausse direction donnée aux poursuites[8]. Sans doute l'erreur de la justice a pu résulter des

l'intérêt lésé fût un intérêt sérieux. Voy. Chausse, *L'intérêt d'affection* (*Rev. crit.*, 1895, p. 436); Lacoste, sous Rouen, 24 févr. 1894 (S. 97. 2. 25); Le Poittevin, sous Cass., 9 avr. 1895 (S. 96. 1. 83).

[8] La jurisprudence ne paraît pas conforme à cette solution. Voy. Cass., 19 juill. 1832 (S. 32. 1. 496); 7 juill. 1847 (S. 47. 1. 877; D. 47. 4. 8). Mais dans le même sens que nous : Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 1, n° 552; Le

Digitized by Google

manœuvres, des machinations du coupable : mais, même dans ce cas, ce sont ces manœuvres et ces machinations, et non le délit, qui causent le préjudice et ouvrent une action en dommages-intérêts fondée sur le principe général de l'article 1382 du Code civil. La question peut donc se poser dans deux ordres de circonstances, et je la résoudrai de la même manière. D'abord, lorsque le véritable coupable n'a rien fait pour égarer les juges : il est évident, dans ce cas, qu'aucune action n'appartient à la victime des poursuites injustes, car le vrai coupable n'avait ni le devoir moral ni le devoir social de se dénoncer lui-même pour épargner à l'innocent les conséquences d'une erreur judiciaire. Puis, lorsque le véritable coupable est arrivé, par des machinations, à égarer les soupçons de la justice sur un innocent : celui-ci a bien, dans ce cas, une action en dommages-intérêts, mais elle ne naît pas du délit et n'autorise pas la victime à se porter partie civile dans le procès fait plus tard au véritable coupable. Le préjudice direct, le seul qui autorise l'intervention dans le procès pénal, est celui qui résulte du vol, de l'assassinat, etc.

La seconde proposition n'est pas relative à la recevabilité de l'action civile, mais à l'étendue et à l'évaluation des dommages-intérêts. Le délinquant ne doit, en effet, que la réparation des dommages qui ont été une suite immédiate et directe de l'infraction (C. civ., art. 1151)[9]. Par exemple, si un individu, légèrement blessé dans une rixe, succombe, par suite de son imprudence ou de l'impéritie du chirurgien qui le soigne, ce préjudice spécial, conséquence *médiate* du délit, ne peut être mis au compte du délinquant pour lui en faire subir toute la responsabilité.

Cette application d'une règle incontestable démontre que lorsqu'un fait a eu des conséquences dommageables, l'auteur n'en répond pas indistinctement : sa responsabilité, au point de vue pénal comme au point de vue civil, est subordonnée

Sellyer, t. 1, n° 278; Demogue, *De la réparation civile des délits*, p. 41 et 42. Voy. pour d'autres exemples : D. A., *Supplément*, v° *Procédure criminelle*, n°s 53 à 56.

[9] Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. 4, § 308, p. 106.

Digitized by Google

au concours de deux conditions. Il faut d'abord que l'action ou l'inaction qu'on lui reproche ait été la *cause* déterminante du préjudice dont on prétend lui demander compte[10]. Il faut ensuite que le dommage causé soit entré ou ait pu entrer dans les prévisions de l'agent et qu'une *faute* lui soit reprochable. Que si, en mettant les choses au pire, l'agent n'a pu le prévoir, le résultat de son action ou de son omission est un accident, un de ces cas fortuits dont nul ne saurait être responsable[11].

b) Il faut que le dommage causé soit *personnel* à celui qui s'en plaint. Nous nous occuperons de cette condition de recevabilité de l'action publique à propos des personnes qui peuvent l'intenter.

c) Il faut, enfin, que l'action civile repose sur un intérêt *actuel* ou *certain*[12]. C'est une règle qu'on trouvait formulée dans l'article 96 du Code du 3 brumaire an IV en ces termes: « Pour être admis à rendre plainte, il faut avoir à la fois un « intérêt actuel et un droit formé de constater le délit lors- « qu'il existe et d'en poursuivre la réparation contre le délin- « quant ». Si le plaignant peut être une partie civile, c'est parce que le dommage causé par le délit lèse son intérêt né et actuel, que ce dommage est certain dans l'ordre naturel des choses, sans cela le demandeur n'aurait pas qualité pour exercer l'action civile et devrait se borner au rôle de dénonciateur. C'est par application de cette idée que, dans une poursuite dirigée contre un fabricant de savons pour tromperie sur la marchandise vendue, les autres fabricants de la même localité ne sauraient être admis à se constituer

[10] Voy. cependant, en sens contraire. pour la responsabilité pénale, mais en vertu d'une présomption légale : C. p., art. 191 et 313. Dans ce dernier texte, la loi rend les chefs d'une réunion séditieuse responsables des crimes commis par leurs subordonnés.

[11] C'est ce que décidait, du reste, expressément le Code pénal de 1791 à propos de l'homicide (2e part., tit. 2, art. 1er). Voy. sur ce point : Haus, *op. cit.*, t. 1, n° 297.

[12] Sourdat, *op. cit.*, t. 1, n° 45, dit avec raison : « Il faut que le préju- « dice soit *certain*, et comment serait-il certain s'il n'est pas *actuel*? Ces « deux conditions n'en font qu'une; elles se complètent l'une par l'autre ».

Digitized by Google

parties civiles, sous le prétexte que toute fabrication frauduleuse nuit aux fabricants de produits similaires, soit par le discrédit qu'elle jette sur ces produits, soit par la concurrence déloyale qu'elle facilite[13]. De même, sur la poursuite dirigée contre un garçon laitier, pour avoir additionné d'eau le lait qui lui était confié, la société, dont ce garçon était l'agent, ne peut intervenir, en demandant réparation du préjudice résultant de ce que le prévenu avait exposé la société à perdre sa clientèle. « Attendu que le discrédit que le délit de falsifica-« tion aurait pu jeter sur la compagnie représentée par le « garçon laitier ne constituait qu'un dommage indirect et « éventuel, lequel ne pouvait justifier son intervention [14] ».

Un autre exemple fera encore mieux comprendre la portée de la règle. Le propriétaire d'un terrain, sur lequel un délit de chasse a été commis, ne serait pas recevable à poursuivre la réparation, non de ce délit, mais d'un délit d'outrage commis envers son garde, qui a constaté le délit de chasse[15]. C'est que, en effet, le préjudice, subi par ce propriétaire, est indirect et se produit par l'effet d'une répercussion trop lointaine : il ne peut être déduit en justice et justifier une constitution de partie civile. Même solution pour les compagnies de chemins de fer qui prétendraient intervenir dans les poursuites pour outrages commis envers un de leurs employés à l'occasion d'un acte de contrôle[16].

Il faut reconnaître, du reste, qu'il existe une large part d'arbitraire dans l'appréciation de cet élément ou plutôt de cette limite du dommage. Si le principe est universellement admis, les applications en sont souvent contestables. La jurisprudence paraît avoir une tendance de plus en plus marquée à élargir le cercle d'action des particuliers lésés[17].

[13] Cass., 25 janv. 1878 (S. 78. 1. 389). Voy. cependant en sens contraire : Orléans, 30 avr. 1851 (S. 52. 2. 88 ; D. 53. 2. 35).

[14] Cass., 20 nov. 1886 (*B. crim.*, n° 392).

[15] Cass., 25 nov. 1882 (S. 83. 1. 141).

[16] Voy. notamment sur cette hypothèse : Rennes, 15 févr. 1899 (*Journ. des Parq.*, 99. 1. 131).

[17] On trouve, par exemple, dans un arrêt de la Cour de Toulouse du 17 mai

Digitized by Google

§ XVIII. — DE L'OBJET DE L'ACTION CIVILE.

108. L'action civile étant l'action en réparation du dommage causé par une infraction se distingue des autres actions civiles qui dérivent de l'infraction. — **109.** Des trois chefs d'indemnité compris dans l'action civile : restitutions, dommages-intérêts et frais. — **110.** Des restitutions. — **111.** Des dommages-intérêts. Modes de réparations. — **112.** Comparaison entre ces deux premiers chefs de l'action civile. — **113.** Des frais de justice. Renvoi.

108. L'article 1[er] du Code d'instruction criminelle définit l'action civile : « L'action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit, par une contravention ». Elle est donc différente des autres *actions privées* qui se rattachent à l'infraction, ou qui en dérivent, mais qui n'ont cependant pas pour objet direct et immédiat la réparation du préjudice, telles que l'action en séparation de corps ou en divorce pour cause d'adultère (C. civ., art. 306); l'action qui tend à faire déclarer indigne de succéder celui qui a été condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt (C. civ., art. 727); l'action en désaveu, fondée sur l'adultère, intentée par le mari en cas de recel de l'enfant (C. civ., art. 313). Ces actions ne participent, aux règles spéciales de l'action civile, ni au point de vue de la *compétence* des tribunaux criminels, ni au point de vue de la *prescription*.

109. La réparation du dommage, soit matériel, soit moral, causé par une infraction, se résout en une indemnité, ordinairement pécuniaire, dont les trois chefs possibles : les *restitutions*, les *dommages-intérêts* et les *frais*, sont nettement distingués par les articles 10, 51 et 52 du Code pénal.

110. Les *restitutions*, dont est tenu l'auteur d'une infrac-

1889 (D. 91. 2. 88), cette formule, pour justifier la citation directe d'une compagnie de chemins de fer, à l'occasion d'une contravention à la police des chemins de fer : « Attendu que toute contravention à la police, à la sûreté et à l'exploitation du chemin de fer est, par elle-même, un trouble et constitue, dès lors, un dommage dont la compagnie a le droit de poursuivre directement la réparation ».

Digitized by Google

tion, consistent dans le rétablissement de l'état de choses antérieur au délit, par exemple : dans la remise au propriétaire de la chose qui a été volée ou détournée (C. p., art. 379, 401, 405), dans l'annulation des actes surpris ou extorqués (C. p., art. 400); dans la suppression ou la réformation des actes déclarés faux (C. p., art. 145 et suiv.). Mais, ordinairement, les restitutions, dont s'occupe la loi, et qu'elle oppose aux dommages-intérêts, ont pour cause unique le droit de propriété ou de possession reconnu à la partie lésée sur les choses qui lui ont été soustraites, alors que ces choses sont retrouvées en nature et mises sous la main de la justice.

Le rétablissement de l'état de choses antérieur au délit doit toujours être ordonné, quand il est possible, comme la réparation la plus naturelle de l'infraction ; quand il ne l'est pas, il ne reste à la victime, comme moyen d'indemnité, qu'une réparation par équivalent, celle qui résulte de dommages-intérêts.

Mais, à raison des nécessités de la procédure, les restitutions peuvent être différées ou n'être accordées qu'à certaines conditions. Ainsi, en ce qui concerne les « effets pris », c'est-à-dire les objets saisis sur un accusé comme *pièces à conviction*, la cour d'assises doit ordonner qu'ils seront restitués au propriétaire. « Néanmoins, dit l'article 366, § 3, du Code « d'instruction criminelle, s'il y a eu condamnation, cette « restitution ne sera faite qu'en justifiant, par le propriétaire, « que le condamné a laissé passer les délais sans se pourvoir « en cassation, ou, s'il s'est pourvu, que l'affaire est définitive- « ment terminée ». Ici, la restitution est différée jusqu'à ce que l'arrêt qui l'ordonne soit devenu définitif, c'est-à-dire jusqu'à la fin du procès. C'est le président qui, par ordonnance, autorise alors la restitution. En cas de contumace, la loi prend même quelques précautions spéciales. « La Cour, « dit l'article 474, § 2, pourra ordonner, après le jugement « de ceux-ci (des accusés présents), la remise des effets dé- « posés au greffe comme pièces de conviction, lorsqu'ils seront « réclamés par les propriétaires ou ayants droit. Elle pourra « aussi ne l'ordonner qu'à charge de représenter, s'il y a lieu.

Digitized by Google

« — Cette remise sera précédée d'un procès-verbal de des-« cription dressé par le greffier, à peine de cent francs d'a-mende ». Pour justifier cette particularité, il suffit de rappeler que les condamnations prononcées par contumace n'étant définitives qu'après les délais de la prescription criminelle, il eût été rigoureux de priver de ces objets, pendant vingt ans, leur propriétaire ou leur possesseur.

111. Les dommages-intérêts consistent dans une réparation, accordée ordinairement en argent, et comprenant deux éléments: la perte subie par la partie civile (*damnum emergens*) et le gain dont elle a été privée (*lucrum cessans*)[1]. Les dommages-intérêts peuvent s'ajouter aux restitutions (C. p., art. 51), ou être dus, sans qu'il y ait lieu à restitution. Leur détermination est laissée à l'appréciation de la justice[2]. La partie qui les a obtenus est libre d'en disposer à son gré; mais il est interdit aux juges, par l'article 51 du Code pénal, d'ordonner, soit d'office, soit même sur les conclusions de la partie civile, l'application des sommes dont ils prononcent la condamnation à une œuvre quelconque, d'utilité publique ou privée. Si cette interdiction n'eût pas existé, les parties civiles, obéissant peut-être à un faux amour-propre ou à une délicatesse excessive, auraient dû renoncer au bénéfice des réparations qui leur sont légitimement dues; et les juges, à raison de la destination particulière des dommages-intérêts, auraient pu être tentés d'en exagérer le chiffre. C'est à ce double abus que le Code, éclairé par l'expérience du passé, a voulu remédier par la disposition de l'article 51.

§ XVIII. [1] C. civ., art. 1149. Les tribunaux ont l'appréciation souveraine, soit de l'existence du préjudice causé par le délit, soit du chiffre des dommages-intérêts, quand le préjudice est reconnu. A ce dernier point de vue cependant, la loi elle-même peut fixer ce chiffre. Voy. C. forest., art. 202. Comp. Cass., 22 déc. 1892 (*B. cr.*, n° 345).

[2] L'article 51 du Code pénal ajoute « lorsque la loi ne les aura pas réglés... ». Ces expressions font, sans doute, allusion aux cas où la loi prononce une sorte de composition dans laquelle les dommages-intérêts se trouvent évalués à forfait, comme en matière de contributions indirectes ou dans les cas indiqués dans la note précédente.

Digitized by Google

Si des conclusions avaient été prises par la partie civile, en vue d'assurer l'attribution des dommages-intérêts qu'elle réclame à une œuvre quelconque, le tribunal ou la cour devraient déclarer les conclusions recevables en ce qui concerne les dommages-intérêts, mais sans ordonner que la somme attribuée à la partie civile soit affectée à la destination en vue de laquelle on l'a réclamée[3]. Dans le cas où cette attribution aurait été ordonnée indûment, la Cour de cassation, sur pourvoi, devrait casser du chef de l'allocation de dommages-intérêts et renvoyer la question devant une autre cour ou un autre tribunal. Une simple cassation par voie de retranchement ne serait pas suffisante, les juges ayant pu être impressionnés et exagérer le chiffre des dommages-intérêts en vue de l'attribution ordonnée.

Les modes de réparation qui peuvent être prononcés n'ont certes pas la variété des moyens employés par le criminel pour nuire à sa victime. En dehors des indemnités pécuniaires, qui sont, en quelque sorte, le procédé normal et régulier de réparation, il en est d'autres que l'on doit écarter et d'autres que l'on peut admettre.

Les anciens articles 226 et 227 du Code pénal décidaient qu'en cas d'outrages adressés à des magistrats ou à certaines personnes revêtues d'un caractère public, il pouvait y avoir lieu à une réparation d'honneur. Cette mesure, qui paraît avoir été très usitée autrefois, bien que restaurée, dans cette application spéciale, par le Code pénal de 1810, était rarement prononcée. La loi du 28 décembre 1894 l'a simplement abrogée. Quoiqu'elle eût le caractère d'une peine, la réparation d'honneur était destinée à panser, pour ainsi dire, la blessure faite à la victime de l'outrage. On pourrait, à ce titre, être tenté de la prononcer au profit de la victime d'un délit, en y ajoutant, comme mode d'astreinte, une condamnation pécu-

[3] Voy. Limoges, 24 juin 1874 (D. sous Cass., 76. 1. 161). Mais le jugement qui se borne à énoncer que les dommages-intérêts sont destinés, par celui à qui ils sont accordés, à des œuvres de bienfaisance, sans ordonner expressément cet emploi, ne contrevient pas à la règle de l'article 51 : Cass., 25 avr. 1856 (S. 56. 1. 511). Comp. Blanche, *Études sur le Code pénal*, t. 1, n° 249.

Digitized by Google

niaire pour le cas où il ne serait pas satisfait au jugement. Cette forme de dommages-intérêts serait incontestablement illicite. Le tribunal qui en ferait usage rétablirait, en réalité, une peine qui a été définitivement supprimée et qui ne pouvait être prononcée, lorsqu'elle existait encore, que dans les cas expressément visés par la loi (C. p., art. 4).

Ce mode de réparation étant écarté, ainsi que tous ceux qui consisteraient en un fait humiliant ou pénible, ou attentatoire à la liberté individuelle[4], il en reste quatre autres possibles : la publicité donnée au jugement, la confiscation de certains objets, les restitutions et les indemnités pécuniaires.

La publicité donnée au jugement, par son insertion dans les journaux ou son affichage aux frais du délinquant, constitue une réparation civile, ordonnée sur la demande et les conclusions de la partie lésée et qui rentre dans le droit des tribunaux de répression comme dans celui des tribunaux civils[5]. Ce mode de réparation s'emploie naturellement au cas de délit contre l'honneur des personnes, diffamations et injures. Mais les tribunaux l'ont étendu, peu à peu, à une série de cas auxquels il ne semble pas précisément adapté. Ainsi, qu'un individu soit condamné pour avoir voyagé sans billet sur une ligne de chemin de fer, et le tribunal ordonnera, sur l'intervention de la Compagnie, l'affichage du jugement dans telle ou telle gare[6]. La publicité devient alors, plutôt une mesure d'intimidation et d'avertissement pour les contrevenants qu'un mode d'indemnisation de la Compagnie. Il est certain néanmoins que le droit d'ordonner la publication du jugement, sur la demande de la partie lésée, rentre dans le pouvoir d'appréciation du tribunal (C. p., art. 51).

[4] C'est à raison de ce caractère que la pratique des astreintes me paraît incompatible avec la situation du procès criminel, sauf peut-être en cas de refus d'insertion. Voy. A. Esmein, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes* (*Rev. trim. de droit civil*, t. 2, 1903, p. 1 et suiv).

[5] Cette solution est affirmée par une jurisprudence constante. Voy. notamment: Cass., 17 juin 1892 (S. 93. 1. 277; D. 93. 1. 130). La doctrine est également unanime.

[6] Voy. notamment : Cass., 16 août 1860 (S. 61. 1. 192; D. 60. 1. 520); Paris, 7 mai 1890 (S. 90. 2. 171; D. 91. 2. 33).

Digitized by Google

Comme la publication du jugement, la confiscation peut avoir une fonction indemnitaire. En principe, elle constitue une peine, lorsqu'elle s'applique au corps ou au produit du délit (C. p., art. 11). Parfois, c'est une mesure de police, si elle concerne des objets dangereux ou nuisibles. Mais, dans certains cas, la confiscation est prononcée à titre de réparation. Il en est ainsi dans les poursuites pour contrefaçon de propriétés littéraires ou artistiques (C. p., art. 427 et 429), de produits brevetés (L. 5 juill. 1844, art. 49), en cas de marques de fabrique frauduleusement apposées (L. 23 juin 1857, art. 7 et 8). La réparation sous cette forme présente ici une particularité intéressante : elle est accordée, sans aucune demande de la partie civile et d'office, quel que soit le préjudice et encore qu'aucun préjudice n'ait été causé. Mais cette attribution des objets confisqués à la partie civile n'est pas un forfait d'indemnité. La partie civile peut, sur sa demande, obtenir de plus amples dommages-intérêts ; la loi lui réserve ce droit. Évidemment, cette forme de réparation ne saurait être employée en dehors des cas spéciaux où elle est autorisée par la loi. La confiscation joue, dans notre droit, le rôle de peine et non celui d'indemnité. Et une peine, même prononcée au profit de la partie privée, reste une peine.

En dehors de ces modes exceptionnels, la satisfaction accordée à la partie lésée prend ordinairement la forme d'une restitution ou d'une indemnité pécuniaire. C'est la réparation dont parle l'article 1382 du Code civil.

112. Au fond, les dommages-intérêts et les restitutions ont un objet commun et ne sont, sous un double aspect, que la mise en œuvre de la *justice réparatrice :* par ces deux chefs de l'action civile, il s'agit toujours d'*indemniser* la victime du dommage qui lui a été causé par le délit. Mais les restitutions et les dommages-intérêts diffèrent nettement par leur *caractère*, puisque le rétablissement de l'état de choses antérieur au délit est la réaction directe, normale et nécessaire du droit violé, tandis que les dommages-intérêts en sont la réparation indirecte, exceptionnelle, et par équivalent. De cette

Digitized by Google

différence de nature résultent quelques conséquences importantes.

I. Toutes les fois qu'il est possible de rétablir l'état de choses antérieur au délit, le juge doit le faire, *même d'office,* et sans qu'il soit besoin, pour cela, de répondre aux conclusions d'une partie civile[7]. L'application de cette règle est faite, par la loi, dans un certain nombre de cas particulièrement intéressants. C'est ainsi que les tribunaux devront ordonner la restitution au propriétaire, s'il est connu, des pièces à conviction, saisies et déposées au greffe sous la main de justice (C. instr. cr., art. 366)[8]. Au cas où des actes authentiques auront été déclarés faux en tout ou en partie, « la cour ou le « tribunal qui aura connu du faux, ordonnera qu'ils soient « rétablis, rayés ou réformés, et du tout il sera dressé procès- « verbal » (C. instr. cr., art. 463). Nous verrons également que, en matière de simple police, toutes les fois que la contravention consiste dans l'exécution de travaux faits en infraction aux règles de la voirie ou dans l'inexécution de travaux dont la charge peut être légalement imposée à certaines personnes, la réparation normale du délit consiste dans la destruction des uns et l'exécution des autres. Aussi, la jurisprudence décide que le jugement, qui prononce une amende, à raison de la contravention, ne peut se dispenser d'en faire cesser l'effet, en ordonnant, suivant les expressions de l'édit de 1607, la *destruction de la besogne mal plantée* (C. instr. cr., art. 161)[9].

Au contraire, les dommages-intérêts ne peuvent être accordés que sur la *demande* de la partie lésée et dans la mesure où ils sont demandés : il faut que la partie lésée les *requière*, suivant l'expression de l'article 51 du Code pénal, en se constituant *partie civile* au procès (C. instr. cr., art. 366). Ainsi, l'action civile, en ce qui concerne ce chef, est soumise au bon

[7] D. *Code d'instruction criminelle annoté*, art. 366, nos 9 et suiv.

[8] La jurisprudence applique avec raison ce texte, écrit pour la cour d'assises, au tribunal correctionnel : Cass., 16 août 1872 (D. A., *Supplément* v° *Proc. crim.*, n° 678).

[9] Voy. Cass., 27 févr. 1877 (D. 77. 1. 488).

Digitized by Google

vouloir et à l'initiative de la partie lésée. L'inculpé n'est pas tenu, de plein droit, par cela seul qu'il est condamné dans le procès pénal, à réparer le dommage qu'il a causé[10]. On a critiqué cette règle et on a prétendu qu'il serait utile de la modifier. Les dommages-intérêts, a-t-on dit, sont d'ordre public au même titre que les restitutions, puisque ce premier chef d'indemnité représente, comme le second, une des formes de la réparation du délit; et on a conclu de ce caractère que, au point de vue de la loi à réformer, la condamnation à des dommages-intérêts devrait être prononcée d'office et sans intervention de la partie lésée. Mais ce serait, à notre avis, un excès opposé, et non moins regrettable, à celui des législations antiques, dans lesquelles les délits contre les personnes et les propriétés ne donnaient lieu qu'à l'action privée. Faire de la réparation intégrale et civile du délit un coefficient nécessaire de la répression, ce serait revenir, sous une autre forme, à la confusion de la peine et de l'indemnité. La justice réparatrice, à la différence de la justice répressive, n'agit que si elle est provoquée par l'intéressé. Lui seul a qualité pour se plaindre, parce que lui seul est en mesure de dire s'il a souffert un préjudice, dans quelles limites et quelle est la réparation qui lui est due. La réforme que nous repoussons constitue l'exagération et même la fausse application d'une idée juste en elle-même : ce qu'il faut désirer en effet, c'est que la réparation, à la requête de la partie civile, puisse être obtenue malgré l'insolvabilité probable du malfaiteur. C'est à propos de l'exécution des condamnations civiles que des réformes nécessaires devraient intervenir. Mais si la justice répressive doit se faire, à ce point de vue, l'auxiliaire de la partie lésée,

[10] L'article 51 du Code pénal, tel qu'il a été modifié par la loi du 28 avril 1892, a fait cesser la controverse qui existait sur la question de savoir si les tribunaux criminels *devaient, d'office,* condamner le prévenu à des dommages-intérêts au profit de la partie lésée. En effet, le nouvel article dit : « Le coupable *pourra* être condamné... ». Il est donc, aujourd'hui, de principe, en France, que l'action civile en dommages-intérêts ne peut jamais être exercée par le ministère public et qu'en ce qui concerne cette action, celui-ci est privé de tout pouvoir. Voy. D. A., *Supplément,* v° *Procédure criminelle,* n° 150.

Digitized by Google

en assurant et en garantissant sa créance, il faut, par contre, que la partie lésée se fasse l'auxiliaire de la justice répressive, en la stimulant et en l'éclairant par l'exercice de l'action civile[11].

II. Les tribunaux répressifs exceptionnels n'ont qu'une compétence pénale : le droit qui leur est accordé par la loi, de statuer sur certaines infractions à raison de leur nature ou de la qualité de celui qui les commet, ne s'exerce pas dans le domaine des intérêts civils. C'est ainsi que les tribunaux de justice militaire ou maritime ne peuvent juger l'action civile dérivant des infractions qui leur sont déférées (C. just. mil., art. 55). Ces tribunaux, au contraire, comme toutes les juridictions pénales, ont le droit et le devoir d'ordonner d'office la restitution des objets saisis à titre de pièces à conviction.

III. La restitution implique qu'un état de droit antérieur au délit a été violé et qu'il y a lieu de le rétablir : le délit a donc été l'*occasion* de l'action en restitution, il n'en a pas été la *cause*.

[11] L'école criminelle moderne s'est occupée beaucoup de cette question. On a proposé d'abord d'accorder au ministère public la faculté de requérir d'office, contre le délinquant solvable, la condamnation à des dommages-intérêts en même temps que la condamnation à la peine. Voy. Garofalo, *La criminologie* (5e éd., Paris, 1905), pp. 248 à 249, 422 à 423, 431 à 433, 438 à 449. M. Tarde (*La philosophie pénale*, p. 80) approuve cette réforme imaginée par Garofalo : « La victime d'un délit, dit-il, ne devrait plus être obli-« gée de se constituer coûteusement partie civile pour obtenir une condam-« nation à des dommages-intérêts ; cette condamnation devrait être requise « par le ministère public, avant toute peine ». Voy. Prins, *Sciences pénales*, nos 633 à 639, surtout 634. Cette réforme aurait le double inconvénient de ne pas fournir au tribunal les éléments nécessaires pour statuer sur la question et d'encourager le défaut d'initiative de la partie lésée. C'est dans les garanties à donner à la victime pour recouvrer la réparation qui lui est due que pourraient utilement se produire certaines réformes. Il faudrait aussi faciliter la constitution de partie civile. L'exercice et l'exécution des droits qui sont donnés, à ces points de vue, à la partie lésée, sont gênés par de nombreuses entraves. Ce sont ces entraves qu'il faudrait faire disparaître, notamment celles qui résultent de la consignation des frais de justice et de la responsabilité quant à ces frais. Voy. *Bull. de l'Union intern. de droit pénal*, 1891, p. 128 ; René Demogue, *De la réparation civile des délits, passim*, et notamment, p. 113, 115, 326 ; Bonneville de Marsangy, *Institutions complémentaires*, p. 33 ; Garofalo, *op.* et *loc. cit.*

Digitized by Google

C'est, au contraire, le dommage dont l'infraction est la source, que l'action en dommages-intérêts a pour but de réparer, de sorte que cette action puise exclusivement dans le délit sa raison d'être et sa cause juridique. Il en résulte que ces deux chefs de la réparation, les restitutions et les dommages-intérêts, ne sont liés, ni au point de vue de l'*exercice* des actions qui ont pour but de les réclamer, ni au point de vue de leur *prescription* qui a pour résultat de les éteindre. C'est là une différence fondamentale, dont la répercussion se fait particulièrement sentir sur la prescription, la compétence et la chose jugée.

IV. Si l'existence d'un préjudice actuel et réalisé est nécessaire pour que l'action civile soit recevable du chef de dommages-intérêts, il faut admettre qu'en cas d'inobservation des dispositions légales qui ont pour objet de protéger les fonds voisins et d'assurer la sécurité de leurs propriétaires, ceux-ci ont une action pour la suppression de l'état de choses illégal, à la charge seulement de prouver la contravention dont ils se plaignent, alors même qu'en fait ils n'auraient éprouvé aucun préjudice. Ce qu'ils demandent, en effet, c'est la *restitution* dans leur droit et leur sécurité dont l'infraction les a privés. Ainsi, pourrait s'expliquer l'intervention d'une partie civile dans une poursuite pour contravention à une loi ou à un règlement, prescrivant, sous menace de peines, certaines précautions à prendre, alors qu'aucun préjudice actuel n'est réalisé et qu'il s'agit d'un droit plutôt compromis que violé.

Une règle est, du reste, commune aux restitutions et aux dommages-intérêts, c'est que, quelle que soit la juridiction qui les accorde, elle ne peut le faire qu'en ne se mettant pas en contradiction avec ce qui a été expressément jugé par le tribunal de répression. La chose jugée au criminel s'impose, en effet, au point de vue des intérêts civils.

113. Les frais de justice, en matière criminelle, du moins les frais particuliers du procès pénal, constituent, à la charge du condamné, la réparation, envers l'État ou la partie civile, du dommage spécial causé par les poursuites auxquelles a

Digitized by Google

donné lieu l'infraction. Le condamné en doit la réparation, comme il doit la réparation du dommage qui est la conséquence directe du délit. Nous posons, ici, un principe dont nous retrouverons, plus loin, l'application à propos de la théorie des frais de justice.

§ XIX. — A QUI APPARTIENT L'ACTION CIVILE ET QUI PEUT L'EXERCER.

114. A qui appartient l'action civile et qui peut l'exercer. — **115.** De la disposition de l'action civile. Actes de transaction ou de renonciation. Cession de l'action civile. Difficultés sur la validité et l'effet de cette cession. — **116.** L'action civile peut appartenir à la victime du délit, à ses héritiers, à ses ayants-cause. — **117.** La victime du délit peut être indirectement bien que personnellement lésée. — **118.** Personnes juridiques, victimes du délit. Corps. Diffamations et injures. Droit de plainte. Droit de se porter partie civile. — **119.** Des groupes ou collectivités, victimes d'un délit. Difficulté d'évaluer le préjudice. Pharmaciens. Médecins, etc. — **120.** Question de la poursuite devant les tribunaux de répression par des associations prenant la qualité de « partie civile ». Syndicats professionnels. Autres associations formées en vue de défendre des intérêts communs. Associations ayant un but désintéressé. Groupement d'individus lésés. — **121.** Action civile de tout électeur. — **122.** Action civile exercée par les héritiers de la victime du délit. Les trois hypothèses possibles. L'infraction a été commise antérieurement à la mort de la victime. Elle a entraîné sa mort. L'infraction a été commise après la mort de la victime. Diffamation envers la mémoire des morts. — **123.** Action civile exercée par les ayants-cause. Créanciers. Cessionnaires. — **124.** Capacité pour exercer l'action civile. Droit commun.

114. L'action civile *appartient* à toute personne, physique ou morale, qui a souffert du dommage causé par l'infraction et peut se dire partie lésée. Pour pouvoir l'intenter, il faut avoir *personnellement* éprouvé le dommage dont on demande la réparation et être *capable* d'ester en justice.

Reprenons l'examen de chacune de ces trois propositions.

115. L'article 1er du Code d'instruction criminelle ne s'exprime pas d'une manière exacte en disant que l'action pour l'application des peines n'*appartient* qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi, et que l'action en réparation *peut être exercée* par tous ceux qui ont souffert du dommage. C'est l'inverse qu'il fallait dire. L'action publique *ne*

Digitized by Google

peut être exercée que par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi; et l'action civile *appartient* aux personnes lésées par l'infraction. Titulaire de la créance en réparation, la victime du délit l'est, en même temps, de l'action qui tend à la faire reconnaître et liquider. Par suite, elle n'a pas seulement l'*exercice*, mais la *disposition* de cette action. Elle peut la *céder* (C. civ., art. 1689 et suiv.), y *renoncer* (C. civ., art. 1282 et suiv.), en faire l'objet d'une *transaction* (C. civ., art. 2046); après l'avoir intentée, même devant les tribunaux de répression, s'en *désister* (C. instr. cr., art. 66). Tous ces actes, qui ont le caractère d'actes de disposition de l'*instance* ou de l'*action* et qui dépasseraient les pouvoirs du ministère public par rapport à l'accusation, sont incontestablement permis à la partie civile. Mais il y a lieu de présenter quelques observations, d'une part, sur les actes de *transaction* ou de *renonciation*, d'autre part, sur les actes de *cession* qui peuvent intervenir à l'occasion de l'action civile.

I. L'article 2046 du Code civil et l'article 4 du Code d'instruction criminelle ont jugé utile de faire remarquer que la transaction sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit, pas plus que la renonciation de la partie lésée à l'action civile, ne peut empêcher ou suspendre la poursuite du ministère public. C'eût été là, en l'absence de toute disposition légale, une des applications les moins contestées de l'indépendance des deux actions, publique et civile, corrélative à la distinction des deux intérêts compromis par le délit, l'intérêt public et l'intérêt privé. Peut-être a-t-on cru qu'il était besoin d'abroger expressément les principes de l'ancien droit et notamment de l'ordonnance de 1670, d'après lesquels la transaction entraînait l'extinction de l'action publique pour tous les *délits privés*, c'est-à-dire qui n'étaient pas passibles de peines infamantes[1]?

§ XIX. [1] Ord. de 1670, tit. XXV, art. 19 : « Enjoignons à nos Procu-« reurs, et à ceux des Seigneurs, de poursuivre incessamment ceux qui se-« ront prévenus de crimes capitaux ou auxquels il écherra peine afflictive, « nonobstant toutes transactions et cessions de droit faites par les parties. « Et à l'égard de tous les autres, seront les transactions exécutées, sans que

Digitized by Google

Cette séparation absolue de l'action civile et de l'action publique, au point de vue du droit de disposition qui appartient à la partie lésée, a une autre conséquence importante : la transaction conclue entre la partie civile et l'inculpé ne peut être considérée comme l'aveu d'un crime ou d'un délit, de la part de celui qui y a consenti; elle suppose bien la reconnaissance d'un *fait dommageable*, mais non d'un *fait délictueux*. Aussi ne fait-elle pas obstacle à ce que l'accusé ou le prévenu soit renvoyé d'instance.

Par suite même de l'indépendance, à ce point de vue, des deux intérêts qu'a lésés l'infraction, l'acquittement ne porte pas atteinte à la validité de la transaction, quel que soit le motif sur lequel cette décision serait fondée[2].

La transaction sur l'action civile, née d'un faux, ne peut être exécutée qu'après avoir été homologuée en justice (C. proc. civ., art. 249); mais elle est parfaite, comme convention, avant cette formalité, qui a seulement pour but d'empêcher que les pièces arguées de faux ne soient soustraites à la connaissance du ministère public, et de mettre le parquet à même d'intenter, s'il y a lieu, l'action publique contre les auteurs du faux. Cette disposition se rattache donc à l'ensemble des précautions prises par la loi pour réserver l'exercice de l'action publique en matière de faux (C. proc. civ., art. 239, 240, 249 et 250).

II. La *cessibilité* de l'action civile est incontestable. D'une part, les créances les plus variées peuvent faire l'objet d'un transport (C. civ., art. 1690). D'autre part, les droits litigieux ne sont pas exclus du domaine de la cessibilité (art. 1699). Mais quels sont les effets d'une cession de l'action civile? C'est sur ce point que portent les difficultés.

a) En ce qui concerne le droit, pour le cessionnaire, de poursuivre le délinquant devant les tribunaux civils, il n'y a et il ne peut y avoir aucun doute. Le procès aura lieu au nom

« nos Procureurs ou ceux des Seigneurs puissent en faire aucune pour-
« suite ».

[2] *Sic*, Cass., 16 mai 1876 (D. 76. 1. 399).

Digitized by Google

du cessionnaire, et le tribunal devra, sans se préoccuper de la cession, accorder au demandeur le dédommagement auquel aurait eu droit le cédant. Sans doute, les juges peuvent se laisser impressionner par les circonstances dans lesquelles se présente le procès ; mais ce sera là seulement un état de fait, de nature à modifier la solution pratique ; car, au point de vue du droit, la cession ne peut évidemment avoir une répercussion quelconque sur l'obligation du délinquant de réparer le préjudice qu'il a causé par sa faute et le droit corrélatif de la victime de monnayer son indemnité. Seulement, si la cession a eu lieu à titre onéreux et en cours de procès, le délinquant bénéficiera de la situation du débiteur d'une créance litigieuse, il pourra exercer le retrait (C. civ., art. 1699 à 1701).

b) Mais la Cour de cassation, dans un arrêt de la Chambre criminelle du 25 février 1897[3], a décidé que le cessionnaire n'a pas qualité pour se porter *partie civile* devant les tribunaux de répression. Elle en donne deux motifs. Le premier est tiré des conditions d'exercice de l'action civile devant la juridiction pénale. On sait que la constitution de partie civile est subordonnée à la justification d'un intérêt personnel direct à la réparation du dommage causé par l'infraction. Le second, de l'effet de l'exercice de l'action civile devant les tribunaux de répression : cette action, mettant en mouvement l'action publique, ne peut appartenir qu'à ceux auxquels cette participation à la poursuite a été accordée, c'est-à-dire aux victimes de l'infraction (C. instr. cr., art. 1). Et le droit de citer devant les tribunaux de répression ne peut faire l'objet d'un trafic.

Cette double considération autorise-t-elle à établir une distinction arbitraire entre la cessibilité de l'action, par rapport au procès civil, et son incessibilité, par rapport au procès pénal? Avec la doctrine tout entière, nous admettons que le cessionnaire de la victime du délit a qualité pour se porter partie civile devant les tribunaux répressifs[4]. En effet, le ces-

[3] S. 1898. 1. 201 et la note de M. Roux; *Pand.*, 1897. 1. 449.

[4] Mangin, *Act. publ. et civ.*, t. 1, n° 128 ; Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 2,

Digitized by Google

sionnaire peut d'abord agir au nom du cédant, en vertu d'une sorte de *procuratio in rem suam* qui est au fond de tout transport : comment lui opposerait-on, dans ce cas, le défaut d'intérêt personnel? Son intérêt, c'est celui de la victime avec lequel il ne fait qu'un. Mais, dit-on, la représentation n'est pas admise devant les tribunaux de répression; et si la nature du droit valablement cédé n'est pas modifiée par la cession, la personne qui veut saisir le tribunal de répression n'est plus la même. Ce qui frappe la cession d'inefficacité, c'est que celui qui l'invoque, n'étant pas partie lésée, est impuissant à saisir le tribunal de répression. Mais où voit-on que la représentation ne soit pas admise devant les tribunaux de répression? Est-ce que le tuteur ne peut pas intenter l'action civile au nom de son pupille[5]? Le père, administrateur légal, au nom de son fils? Bien mieux, le cessionnaire eût-il agi en son nom personnel, la solution ne changerait pas, car l'article 3 du Code d'instruction criminelle autorise tous ceux qui peuvent exercer l'action civile à saisir, à leur choix, la juridiction pénale ou la juridiction civile. A moins de nier la cessibilité de l'action civile, force est bien d'accepter cette conséquence de la cession. La tradition historique est, du reste, formelle pour reconnaître au cessionnaire la faculté de poursuivre le délinquant devant la justice pénale[6], et le silence du Code d'instruction criminelle doit être interprété comme une adhésion tacite au maintien d'une règle qui était incontestée dans notre ancien droit[7].

n° 608; Le Sellyer, *Act. publ.*, n° 277; Trébutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, t. 2, n° 182. Voy., sur la question, une dissertation de Gardeil, *Rev. crit.*, 1890, p. 100 et suiv., à propos d'un jugement du 14 août 1889 du tribunal de la Seine, dont les motifs sont rapportés.

[5] Toulouse, 11 nov. 1862 (S. 63. 2. 19); Rennes, 22 nov. 1865 (S. 66. 2. 54); Cass., 23 mars 1866 (S. 66. 1. 311). Les termes de l'article 1 n'excluent pas l'exercice de l'action civile par un représentant légal : pourquoi l'excluraient-ils pour un représentant conventionnel?

[6] Voy. notamment sur ce point la note de M. Roux (S. 98. 1. 202, 2e col.).

[7] Si nous insistons sur cette question, dont l'intérêt pratique paraît être assez mince, puisque ces cessions sur l'action civile ne semblent pas encore

Digitized by Google

116. L'action civile peut appartenir à la victime du délit, à ses héritiers, à ses ayants cause.

117. La première personne, naturellement indiquée comme ayant qualité de partie civile, est celle qui a *souffert* de l'infraction, la *victime du délit*. Toutefois, il n'est pas nécessaire que l'infraction ait été dirigée contre celui qui se plaint d'en avoir souffert et qui en demande la réparation : il suffit qu'en frappant directement d'autres individus, l'infraction porte atteinte, en même temps, à son honneur ou à sa fortune ; car on peut être lésé *personnellement* par une infraction, sans en être *directement* victime. En conséquence, il faut autoriser le mari à poursuivre, *en son nom*, la réparation de la diffamation ou de l'injure faite à sa femme, lorsque les propos injurieux ou diffamatoires rejaillissent sur lui. De même, le dommage, causé par une infraction qui atteint la fortune de la femme, retombe, presque toujours, sur le mari, qui a, dans ce cas, une action *personnelle*. Le père peut agir, *en son nom*, lorsque le fait qui a lésé ses enfants, mineurs ou majeurs, a porté, à sa propre fortune ou à son propre honneur, un dommage matériel ou moral[1]. Mais il faut, dans tous les cas, justifier que l'on a *personnellement* souffert du délit : c'est le passeport nécessaire pour ouvrir l'accès des tribunaux de répression. Seulement,

être entrées dans nos mœurs, c'est que cette question touche à une autre question, celle-là plus grave et plus large, la question de la *subrogation conventionnelle* ou *légale* aux droits de la partie lésée. Voy. *infrà*, n° 134 et les notes. Les compagnies d'assurance contre certains délits, le vol par exemple, les associations en vue de la répression de certains délits, peuvent être amenées à se faire subroger aux droits de la partie lésée. Il y aurait là un moyen de garantir plus énergiquement et plus efficacement, soit la réparation, soit la répression. Mais l'emploi de ce procédé dépend des effets que l'on reconnaîtra à la cession de l'action civile. Encore une fois, rien, dans les principes du droit criminel, ne fait obstacle à cette opération. Et contrairement à l'opinion de Demogue (*De la réparation civile des délits*, p. 14), nous pensons que ce n'est pas là une question de législation, mais de jurisprudence.

[1] Voy. notamment : Cass., 16 mars 1893 (S. 94. 1.304); Cass., Genève, 28 févr. 1899 (S. 99. 4. 16).

Digitized by Google

la lésion est souvent indirecte; elle se produit par répercussion, et elle suffit dans ce cas, car elle est *personnelle* à celui qu'elle atteint, pour justifier sa demande en réparation.

118. Les personnes juridiques, régulièrement représentées, comme les personnes physiques elles-mêmes, peuvent être demanderesses dans le procès sur l'action civile, quand elles ont souffert un dommage dans leur patrimoine ou leur considération. Une société commerciale, par exemple, qui est victime d'un vol, d'un abus de confiance, d'une diffamation, a qualité pour se porter partie civile, par l'organe de ses représentants légaux, et pour demander et obtenir des dommages-intérêts. Quant aux collectivités, corporations, corps constitués, administrations publiques, ces groupements ne peuvent être lésés que dans le cas de diffamations ou d'injures collectives. Les articles 30 et 33, § 1 de la loi du 29 juillet 1881 prévoient, en effet, la diffamation et l'injure envers les cours, les tribunaux, les armées de terre ou de mer, les corps constitués, les administrations publiques, et l'article 47 règle les formes de la *plainte* nécessaire pour engager l'action publique. Mais, à la sanction pénale qui protège, dans ce cas, le corps constitué et dont le ministère public a qualité pour demander l'application, ne paraît pas correspondre une sanction civile[9]. A qui appartiendrait, en effet, l'action en dommages-intérêts, puisque le corps diffamé ou injurié n'a pas et ne peut avoir un patrimoine, puisqu'il ne jouit pas de la personnalité civile? Que deviendrait la somme allouée, s'il était possible qu'une réparation pécuniaire fût prononcée par la justice? La répartirait-on entre les membres de la collectivité? Mais aucun de ces membres n'a, par hypothèse, éprouvé de dommage personnel? Du reste, la qualité substantielle et primordiale pour

[9] Dans ce sens : Garraud, *De la responsabilité civile en matière de délits de presse* (*France judiciaire*, t. 7, 1re part., p. 359); Laborde, *op. cit.*, n° 684, p. 456. Voy. avec des restrictions et des tempéraments : Gustave Le Poittevin, *Traité de la presse*, t. 3, n° 1285, p. 324 à 328; Barbier, *Code de la presse*, t. 2, p. 471. Comp. sur la question : Faustin Hélie, *Instr. cr.*, t. 1, n° 542 et p. 650.

Digitized by Google

se porter partie civile, c'est le droit même d'ester en justice et ce droit n'appartient qu'aux personnes morales. L'article 47 permet, il est vrai, au corps constitué, de requérir des poursuites; mais si toute personne, ayant qualité pour se porter partie civile, peut déposer valablement une plainte, la réciproque n'est pas toujours vraie. Et nous trouvons un exemple de situation de ce genre dans le cas qui nous occupe[10].

[10] Mais si le corps constitué, qui n'a pas la personnalité civile, ne peut intervenir, chacun de ses membres, à la condition qu'il démontre avoir été personnellement lésé, a qualité pour le faire. La question s'est présentée, en jurisprudence, dans des circonstances qui ont eu un grand retentissement. Au cours des poursuites dirigées contre Zola, devant la cour d'assises de Seine-et-Oise, en 1898, les membres du conseil de guerre se sont constitués parties civiles, tant en leur nom personnel que comme représentants du conseil de guerre et ont notifié la liste des témoins qu'ils voulaient faire entendre. A l'audience du 18 juillet 1898 et avant l'appel des jurés, en réponse aux conclusions prises par la partie civile, le prévenu déposa des conclusions d'irrecevabilité. Sur ces conclusions, la cour d'assises de Seine-et-Oise a rendu l'arrêt suivant : « Considérant que s'il est vrai de dire « qu'en principe, les corps constitués ne peuvent ester en justice qu'autant « qu'ils constituent une personnalité civile, ce principe et cette règle de « droit ne s'appliquent point en matière de constitution de partie civile au « criminel; qu'en effet, l'article 1er du Code d'instruction criminelle donne « expressément, à toute partie lésée par un crime, un délit ou une contra- « vention, le droit de poursuivre en justice la réparation du dommage par « elle éprouvé; que ce principe a été formellement consacré par les dispo- « sitions des articles 63, 64, 65, 66 et 67 du même Code, au chapitre : *Des « plaintes*, et spécialement des articles 30 et 47 de la loi du 29 juillet 1881 ; « que ces différentes dispositions donnent à toute partie lésée le droit de « porter plainte et de se porter partie civile; qu'aucune distinction n'étant « faite, par ces articles, entre les particuliers et les corps constitués, il est « rationnel d'en conclure que les uns et les autres ont également le droit « de se porter parties civiles; qu'on ne saurait, en effet, raisonnablement « conclure que les corps constitués auraient bien le droit de porter plainte, « mais qu'ils ne pourraient eux-mêmes surveiller et soutenir cette plainte « en se portant partie civile, alors surtout que, comme dans l'espèce, il ne « s'agit pas de revendiquer un intérêt pécuniaire, mais simplement de pro- « téger un intérêt moral gravement compromis... ». Un pourvoi a été formé contre cet arrêt; mais il a été déclaré non recevable par un arrêt de la Chambre criminelle du 5 août 1898 qui a estimé que l'arrêt qui reçoit une partie intervenante, étant préparatoire, le recours n'est ouvert qu'après l'arrêt définitif. Toutefois, le conseiller rapporteur, M. Chambareaud, a examiné

Digitized by Google

119. Les parties lésées, ayant des intérêts similaires, peuvent s'unir pour exercer, dans un intérêt commun, l'action en dommages-intérêts, mais à la double condition : 1° qu'elles agissent individuellement; 2° et que chacune démontre avoir été personnellement lésée. La seule difficulté d'évaluer le préjudice, alors, du reste, que certainement un préjudice a été causé, ne rendrait pas l'action civile irrecevable. Cette idée permet de ne pas écarter *a priori* l'action en dommages-intérêts dans les circonstances suivantes.

Il existe un certain nombre de professions, telles que les professions médicales ou pharmaceutiques, accessibles seulement aux personnes qui justifient de conditions d'aptitude et de capacité. L'exercice illégal de ces professions est une *infraction* dont les éléments constitutifs et la peine sont déterminés par les lois spéciales qui les organisent. La collectivité des individus, pratiquant légalement ces professions, ne peut certainement agir, en tant que collectivité pure et simple, pour demander des dommages-intérêts à ceux qui s'immiscent indûment dans l'exercice de la profession. Mais les médecins, les pharmaciens ont-ils qualité pour se plaindre, *individuellement*, et chacun dans la mesure de son intérêt personnel, d'un détournement de clientèle qui leur cause un préjudice? ou doivent-ils se borner à dénoncer l'infraction au ministère public qui poursuivra s'il croit devoir le faire?

La question a été présentée comme une question de droit et a soulevé, en la plaçant sur ce terrain, des opinions divergentes[11]. 1° D'après certains auteurs, l'action serait, dans tous les cas, irrecevable. On dit, en effet, qu'il est impossible d'établir l'existence même du dommage, rien ne prouvant que

la question, et, s'il a paru admettre l'intervention personnelle des membres du conseil de guerre, il a paru repousser celle du conseil de guerre lui-même. Voy. *Gaz. du Pal.*, 98. 2. 255 et Sirey, 1900. 1. 473 et note de M. Roux. Dans cette note, notre collègue estime que l'action civile, formée au nom d'un corps constitué, est recevable, mais qu'elle ne peut avoir pour objet que les frais ou une réparation appropriée au caractère du corps constitué, telle que la publicité de la décision.

[11] Voy. D. A., *Supplément*, v° *Procédure criminelle*, n°s 169 à 175.

Digitized by Google

les personnes qui se sont adressées aux concurrents irréguliers, auraient eu recours, à défaut de ceux-ci, aux membres de la corporation qui se portent plaignants ; 2° Dans une seconde opinion, l'action ne serait recevable que si tous les membres de la corporation, exerçant légalement la profession, dans la région où s'est produite la concurrence illicite, se portaient parties civiles, car c'est seulement dans ce cas que le préjudice pourrait être démontré ; 3° Dans une troisième opinion, qui paraît aujourd'hui consacrée par la jurisprudence, l'action serait, dans tous les cas, recevable, car s'il est difficile d'apprécier le dommage, le principe même de l'action, le préjudice, n'est pas contestable ; 4° Pour nous, la solution dépend des circonstances de fait : elle ne relève pas du droit. Que l'on suppose la concurrence illicite se produisant dans un grand centre, où le nombre des membres, exerçant la même profession, est presque illimité, l'action sera irrecevable, car non seulement l'appréciation du dommage est difficile, mais l'existence même de ce dommage est incertaine. Mais si la concurrence s'établit dans un village, une petite ville, où n'existent que quelques membres de la corporation, pourquoi refuser à ceux-ci l'action en dommages-intérêts, alors que l'existence du préjudice est incontestable et que l'incertitude ne porte que sur son évaluation? Mais donner, dans tous les cas, et sans distinction, le droit de poursuite à tous les membres de la corporation, c'est confondre l'*intérêt général* que tous peuvent avoir à la répression du délit, dont le ministère public est le seul gardien, avec l'*intérêt spécial*, fondé sur un dommage personnel, dont tout plaignant doit justifier, et qui est le seul titre de son action civile et la condition nécessaire de son intervention.

La loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels est venue, tout à la fois, simplifier et compliquer la question. « Les syndicats professionnels... auront le droit d'ester en justice », dit l'article 6, § 1 de cette loi. Mais on n'a pas déterminé quelles sont les actions qu'un syndicat est admis à exercer. Pour celles qui intéressent le syndicat, considéré comme formant une personne morale, distincte de ses mem-

Digitized by Google

bres, pas de difficulté : l'action étant née à son profit, personne n'aurait qualité pour l'exercer en dehors des représentants légaux de la collectivité. En est-il de même des actions nées, au profit des membres du syndicat, mais qui intéressent la profession? Il s'agit alors de savoir si un syndicat a qualité pour exercer, sous une forme condensée, les actions éparpillées qui naissent en la personne des membres ou de quelques-uns des membres du syndicat, alors que ces actions font partie de patrimoines individuels et non du patrimoine syndical? L'affirmative n'a pas semblé douteuse, et l'organisation syndicale s'est alors présentée comme un moyen de tourner la difficulté signalée plus haut. Ce sont d'abord les syndicats de pharmaciens et de médecins qui, dès 1885, ont exercé des poursuites pour exercice illégal de la pharmacie ou de la médecine. Les pharmaciens ont obtenu gain de cause ; la jurisprudence, après avoir reconnu la légalité de leurs syndicats, à raison du caractère commercial de la profession, n'a pas hésité à les autoriser à exercer l'action civile. Les médecins ont, il est vrai, échoué tout d'abord; mais parce qu'ils n'exerçaient pas de profession commerciale et ne pouvaient constituer un syndicat valable. Plus tard, ils ont pris leur revanche : la loi du 30 novembre 1892 leur a octroyé la faveur de se constituer en syndicats, conformément à la loi du 21 mars 1884 (art. 13). Depuis lors, les médecins sont en possession du droit de poursuivre, par l'intermédiaire de leurs syndicats, les personnes non diplômées qui s'immiscent dans l'exercice de leur profession.

120. Cette constatation nous amène à examiner, à un point de vue plus général, en même temps que plus complexe, la question de la poursuite, devant les tribunaux de répression, par des associations prenant la qualité de « partie civile ».

Il a été expliqué déjà qu'un délit pouvait être directement commis au préjudice d'une association: ce sera un vol, une diffamation par exemple. Si l'association est régulièrement constituée et jouit de la capacité juridique (L. du 1er juill. 1901, art. 2, 5, 6), elle peut se porter partie civile, au même

Digitized by Google

titre et dans les mêmes conditions qu'un individu. C'est un point certain [12].

Mais la question est toute autre : il s'agit, en effet, de savoir si des particuliers peuvent se grouper en associations et agir, devant les tribunaux, en vue de la défense de leurs intérêts collectifs, à raison de délits dont l'association n'est pas directement victime. Le système de la poursuite des actes criminels par des associations a déjà des amorces dans notre jurisprudence. Une double solution peut être utilisée. D'abord, celle qui permet aux individus d'agir en vue de la réparation d'un dommage simplement moral. Puis, cette idée qu'ils peuvent agir, comme membres de la collectivité, en vue de la réparation d'un délit qui les atteint d'une façon indirecte. A ces deux conceptions, se rattache un développement intéressant de jurisprudence sur l'intervention des associations dans les poursuites criminelles. La question, du reste, se pose dans trois situations qu'il faut bien distinguer : 1° pour les associations, agissant dans l'intérêt de leurs membres ; 2° pour les associations, agissant dans un but désintéressé ; 3° pour les groupements ou collectivités non associés, mais atteints par un délit.

I. Dans le premier cas, il y a lieu de séparer les *syndicats professionnels* des *autres associations* formées en vue de défendre des intérêts communs.

a) Les associations qui se proposent de contribuer à la répression des actes délictueux, préjudiciables aux intérêts de leurs membres, peuvent être constituées sous forme de *syndicats professionnels*, dans les termes et les conditions de la loi du 21 mars 1884. C'est une première hypothèse, la plus simple: il s'agit alors d'un groupement d'individus, exerçant soit la même profession, soit des professions connexes. Les syndicats professionnels peuvent ester en justice (L. 21 mars 1884, art. 6), mais, étant constitués en vue d'un intérêt général, leur activité judiciaire ne s'exercera que pour la conservation de leur patrimoine ou pour la défense des intérêts collectifs dont ils ont

[12] Voy. seulement ce que nous avons dit *suprà*, n° 116, en ce qui concerne les *corps constitués*.

Digitized by Google

la garde. Sur le premier chef (conservation du patrimoine), aucune difficulté sérieuse ne s'élève. Mais sur le second chef, au contraire (défense des intérêts collectifs de la profession), deux interprétations sont en présence: une interprétation restrictive, d'après laquelle le syndicat n'aurait le droit d'exercer que les actions qui, n'étant pas dans le commerce, ne peuvent être exercées par aucun de ses membres[13]; et une interprétation libérale et extensive, d'après laquelle l'action du syndicat devrait être déclarée recevable, toutes les fois qu'elle serait justifiée par un intérêt collectif et qu'elle aurait pour objet la défense des intérêts généraux de la profession. La jurisprudence, malgré quelques hésitations, semble se rallier à cette dernière interprétation[14]. Elle tend, de plus à plus, à reconnaître que les syndicats professionnels peuvent se porter parties civiles, dans la poursuite de tout délit susceptible de causer aux syndiqués un préjudice moral collectif, distinct du préjudice matériel et variable causé par les mêmes faits à certains des individus syndiqués, préjudice dont il leur appartient de poursuivre, parallèlement à l'action syndicale, la réparation par voie d'action individuelle[15].

La première application de cette jurisprudence a été faite au profit des syndicats de pharmaciens. On reconnaît, à ces syndicats, le droit de poursuivre, par voie de citation directe, devant les tribunaux correctionnels, les individus exerçant illégalement la profession, bien que le succès de telles poursuites doive plus spécialement profiter aux pharmaciens établis à proximité de l'officine illicite, la profession entière étant in-

[13] Voir Consultation de Waldeck-Rousseau (*Rec. périodique de procéd.*, 1887, p. 49); Planiol, notes sous D. 95. 2. 553 et 98. 2. 129. Comp. Trib. du Havre, 17 janv. 1899, sous Rouen, 8 nov. 1899 (S. 1900. 2. 98) et les renvois; Cass., 1er févr. 1893 (S. 96. 1. 329).

[14] Voy. notamment: Pic, *Traité élém. de législ. indust.* (2e éd. Paris, 1903), nos 425 à 433, où la question est complètement traitée; Courot, *Du syndicat demandeur en justice dans l'intérêt de ses membres*, p. 45 et s. Comp. la note sous Cass. 1er févr. 1893, précité.

[15] L'intérêt collectif ainsi compris peut se cumuler avec l'intérêt individuel des membres du syndicat et, l'un et l'autre, loin d'être exclusifs, peuvent se cumuler.

Digitized by Google

téressée à la répression des atteintes au monopole dont elle est investie[16]. Les médecins ont profité de cette jurisprudence, le jour où ils ont pu légalement se constituer en syndicats professionnels[17]. Depuis, la jurisprudence a fait un pas de plus: elle donne, à des syndicats composés d'individus exerçant des professions non monopolisées, tels que les marchands de vins[18], les propriétaires viticulteurs[19], les poissonniers[20], etc., le droit d'agir ou d'intervenir pour la défense des intérêts de la profession ou du groupe professionnel qu'ils représentent, dans la poursuite de tout délit qui a causé, à cette profession ou à ce groupe professionnel, un dommage moral collectif. Ce n'est pas sans quelque appréhension qu'on a vu grandir, grâce à ce nouveau champ ouvert à leur activité, la puissance des syndicats professionnels. Mais, en limitant leur action à la défense de leurs intérêts collectifs, la jurisprudence donne aux syndicats une arme nécessaire, dans un temps où le ministère public est impuissant à protéger les intérêts professionnels gravement atteints par la multiplication des fraudes de toute espèce[21]. Il faut donc saluer et encourager le développement de

[16] *Sic*, Paris, 20 janv. 1886 (D. 86. 2. 170); 16 déc. 1891 (D. 93. 2. 480); Caen, 1er mai 1890 (S. 92. 1. 14); Lyon, 3 juin 1890 (D. 91. 2. 29); Grenoble, 7 juill. 1892 (D. 92. 2. 582); Cass., 5 janv. 1894 (S. 95. 1. 382); Douai, 29 févr. 1904 (*La Loi*, 9 mai 1904).

[17] Trib. Seine, 25 mai 1895 et Montbéliard, 30 janv. 1896 (D. 96. 2. 189 et 168); Grenoble, 6 mai 1902 (*Monit. jud. de Lyon*, 1er juillet 1902).

[18] Angers, 11 avr. 1899, et sur pourvoi : Crim. rej., 26 juill. 1889 (S. 90. 1. 91; D. 90. 1. 239); Nancy, 19 avr. 1902 (D. 1903. 2. 29).

[19] Les syndicats de viticulteurs ont été déclarés recevables à intervenir dans les poursuites pour fabrication de vin de sucre, mouillage, fausse déclaration en vue d'enlèvement qui ne doit pas être réalisé, etc.

[20] Amiens, 13 mars 1895 (D. 95. 2. 553), et sur pourvoi: Civ. cass., 5 janv. 1897 (D. 97. 1. 120).

[21] Notamment, les fraudes alimentaires. A cet égard, il ne faut pas oublier qu'un intérêt collectif quelconque ne suffirait pas à justifier l'action d'un syndicat, celui-ci ne peut intervenir que pour la défense des intérêts du groupe professionnel qu'il représente. C'est ainsi que le syndicat des viticulteurs de la Gironde a pu être déclaré irrecevable à poursuivre les marchands de vins inculpés de mouillage, alors qu'il n'était pas démontré que les vins mouillés avaient été vendus comme vins de la Gironde: Cour de Bor-

Digitized by Google

cette accusation professionnelle et souhaiter que les syndicats aient la sagesse d'employer, à cette œuvre d'assainissement, la force que leur donne la loi.

b) Les associations peuvent résulter d'un groupement formé entre individus ayant à défendre les mêmes intérêts et en vue de réprimer les actes coupables de nature à y porter atteinte. Les associations de cette espèce se sont multipliées depuis quelques années. Il nous suffira d'en citer quelques types. Ainsi, il existe une « Société centrale des chasseurs pour aider à la répression du braconnage ». Elle a pour but, aux termes de ses statuts, « d'encourager la surveillance des propriétés et la constatation des délits résultant de faits de braconnage ». La « Société des gens de lettres » se propose, aux termes de ses statuts, de « défendre et faire valoir les intérêts moraux et de protéger les droits de ses membres ». Des « Ligues ou Unions de défense sacerdotale » ont groupé les prêtres d'un diocèse, résolus à réprimer, par des poursuites judiciaires, les attaques infâmes dont ils sont trop souvent l'objet. Peu importe, au point de vue de la question, que le caractère de personnalité civile manque ou non à ces groupements. La différence entre ces associations et les syndicats professionnels, c'est que les premiers ne se forment pas, comme les seconds, entre individus exerçant la même profession industrielle, commerciale, ou agricole, et ne peuvent, par suite, avoir la prétention d'agir en vue de leurs *intérêts professionnels*. C'est ce qui explique la différence de traitement que leur fait subir la jurisprudence. Elle n'admet pas, en effet, que l'association, qui n'est pas personnellement lésée, soit recevable à se porter partie civile dans l'intérêt général qui est, en même temps, celui de ses membres. C'est dans les limites de l'*action individuelle* que les associations de cette espèce peuvent intervenir pour prendre la direction du procès sous le nom de l'intéressé; elles n'ont pas qualité pour poursuivre les actes délictueux dans un intérêt général conforme

deaux, 4 juin 1897 (*Gaz. Pal.*, 4 juill. 1897). Voir, cependant, une consultation, rapportée, à la suite de l'arrêt, par Mes Patissier-Bardoux, Ulrich, Cazelles.

Digitized by Google

au but en vue duquel se sont réunis leurs adhérents [22].

II. Il existe des associations, ayant pour objet la répression de certains actes délictueux, non plus dans l'intérêt de leurs membres, mais dans un but désintéressé, philanthropique, humanitaire ou moral. Ainsi la « Société protectrice des animaux », comme les institutions analogues qui existent en Angleterre et aux États-Unis, a pour but « d'améliorer, par tous les moyens qui sont en son pouvoir, le sort des animaux, conformément à la loi du 2 juillet 1850 ». Ces moyens, au point de vue répressif, sont restreints dans les limites de la *dénonciation* des actes coupables aux agents de l'autorité. Mais il n'appartient pas à la Société d'agir en son nom. Innombrables également sont les associations bienfaisantes qui ont pour objet la protection de l'enfance. Il s'est également fondé des sociétés de protestation contre la licence des rues, des ligues de la moralité publique. Mais pour déférer à la justice les auteurs ou les complices des délits commis contre les intérêts généraux qui rentrent dans le cercle de leur protection, les représentants de ces associations ne peuvent avoir recours qu'à la voie de la dénonciation. Elles sont sans qualité pour se substituer au

[22] La *Société des gens de lettres*, reconnue d'utilité publique, ne poursuit, en son nom, que les contrefaçons des œuvres dont l'apport lui est fait par les sociétaires. Quand il s'agit d'œuvres restant la propriété de leur auteur, la poursuite est faite au nom du sociétaire (Statuts, art. 36 et 38). La *Société centrale des chasseurs pour la répression du braconnage*, également reconnue d'utilité publique, ne peut poursuivre en son nom. En 1894, émue des encouragements donnés au braconnage par un certain nombre de restaurants, qui servaient ouvertement à leur clientèle du gibier en temps de chasse prohibée, la Société chargea des huissiers de constater le délit, après quoi elle se porta partie civile. Le tribunal correctionnel de la Seine, par jugement du 5 décembre 1895 (*Gaz. du Palais*, 16 janv. 1896), déclara son intervention irrecevable: « Attendu que si, aux termes des articles 1 et 63 du Code « d'instruction criminelle, toute personne qui se prétend lésée par un crime « ou un délit a qualité pour se porter partie civile, c'est à la condition d'ar- « ticuler et de demander à établir qu'elle en a éprouvé un préjudice direct « et personnel; que, dans l'espèce, la Société demanderesse reconnaît n'agir « qu'en vertu de l'intérêt qu'elle a d'assurer d'une façon générale la répres- « sion du braconnage; qu'elle n'allègue avoir subi aucun dommage direct « et personnel; qu'elle n'a donc pas qualité pour intervenir dans l'instance ».

Digitized by Google

ministère public ou pour se faire ses auxiliaires. Aussi appellent-elles de leurs vœux la réforme d'une législation qui ne leur permet pas d'agir directement devant les tribunaux[23].

III. Il peut se faire enfin que la prétention d'agir ou d'intervenir soit émise par une collectivité, c'est-à-dire par un groupement d'individus, qui, sans être tenus les uns envers les autres par des engagements constitutifs d'une association ou d'une société, s'unissent dans le but de poursuivre un délit qui les atteint. Cette situation, s'est souvent présentée,

[23] Sur la question générale : Paul Nourrisson, *L'association contre le crime* (Paris, 1901); Discussion à la Société générale des prisons (*Rev. pénit.*, 1896, p. 510 et 689); Henri Joly, *Les associations et l'État dans la lutte contre le crime* (*Rev. de Paris*, 1er déc. 1896). La concession du droit de poursuite de certains délits à des associations formées en vue de leur répression et autorisées ou reconnues à cet effet par l'autorité publique est aujourd'hui réclamée en France et considérée comme une réforme nécessaire. La commission du Sénat, chargée d'examiner la proposition qui est devenue la loi du 19 avr. 1898, introduisit, dans l'article 7 du projet, une disposition ainsi conçue : « Le droit de poursuivre, soit par voie de citation directe, soit en se portant partie civile, dans les termes des articles 63 et 182 du Code d'instruction criminelle, peut être concédé, par décret spécial, après avis du tribunal de première instance, aux associations protectrices de l'enfance, reconnues d'utilité publique, en ce qui touche les violences ou les attentats commis contre les enfants ». C'était le texte même du vœu qu'avait adopté le Comité de défense des enfants traduits en justice (Voy. Nourrisson, *Des réformes à apporter au Code pénal pour fortifier la répression des délits et des crimes contre la moralité des mineurs de seize ans, et de la participation des Sociétés privées à la poursuite de ces faits*, dans *La Loi* du 19 juill. 1897). Cet article, après avoir été voté en première délibération (Séance du 10 mars 1898, *Journ. off.*, Sénat, p. 288), fut finalement rejeté (Séances des 21 et 22 mars 1898, *Journ. off.*, Sénat, p. 357 et s., 379 et s.). On trouvera le compte rendu de cette discussion dans la *Rev. pénit.*, 1898, p. 557. Pour les objections soulevées et leur réfutation, Paul Nourrisson, *op. cit.*, p. 152 et s. Il y a d'abord l'objection de principe tirée des droits du ministère public (Roux, *Rev. crit. de législ.*, 1895, p. 540). Mais, comme l'écrit Joly (*Rev. polit. et parl.*, 1895, p. 451) : « Personne ne demande de supprimer ni même de diminuer le ministère public. On demande qu'il ne reste pas seul ». Il y a ensuite les abus à craindre, le chantage, ou tout au moins l'excès de zèle. Ces abus ne sont guère à redouter de la part d'associations autorisées et surveillées. Les avantages et les résultats de la réforme, en l'état actuel des mœurs publiques en France, nous paraîtraient incontestables.

Digitized by Google

en cas de diffamation imputée, soit à un individu non dénommé, mais faisant partie d'un groupement ou exerçant une profession déterminée dans telle région, par exemple, un instituteur ou un prêtre de tel canton, soit à une collectivité d'individus, tels que les instituteurs ou les prêtres d'une commune ou d'un canton. Dans ce cas, il faut poser deux règles : 1° l'action est recevable quand l'imputation, formulée sans désignation de personne ou d'une manière collective, atteint plusieurs personnes et les expose à des soupçons; 2° mais elle doit être exercée par chaque personne, faisant partie du groupe lésé, agissant individuellement, à raison du préjudice personnel qui lui a été causé[24].

121. Il existe une exception, d'autant plus remarquable qu'elle est unique, à ce principe du droit français que l'action civile n'appartient qu'à la personne lésée et ne peut être exercée qu'à la condition, par le demandeur, de justifier d'un préjudice personnel.

Exceptionnellement, en effet, et quoique le préjudice ne lui soit pas *personnel*, tout électeur peut se porter partie civile, en vue de poursuivre les délits électoraux commis dans sa circonscription ou d'intervenir dans la poursuite (L. 15 mars 1849, art. 123)[25].

[24] Sur ces deux questions : Gustave Le Poittevin, *Traité de la presse*, t. 2, n° 728, p. 265, et n° 1258, p. 299. Voy. également la jurisprudence qui est citée dans cet ouvrage. *Adde*, Cass., 16 juill. 1903 (D. 1904. 1. 535). Sur la diffamation qui vise des individus appartenant à une congrégation religieuse : Cass., 15 févr. 1901 (S. 1902. 1. 470); Besançon, 27 juin 1900 (S. 1902. 2. 11); Pau, 26 juill. 1900 (S. 1902. 2. 9); Rennes, 14 juin 1900 (S. 1902. 2. 11).

[25] Comp. Cass., 16 mars 1878 (D. 78. 1. 142). En effet, bien que l'article 123 ne donne à tout citoyen inscrit dans une circonscription électorale que le droit de porter plainte, il s'agit bien d'un droit d'action. L'article 19 du décret organique du 2 février 1892, sur l'élection des députés au Corps législatif, porte que, lors de la révision annuelle des listes, « tout électeur inscrit sur l'une des listes de la circonscription électorale pourra réclamer la radiation ou l'inscription d'un individu omis ou indûment inscrit ». Mais cette action est une pure instance civile introduite par l'électeur en vertu du droit personnel, qu'il a de voir figurer sur la liste ceux, et ceux-là seuls, qui ont

Digitized by Google

122. L'action civile peut-elle appartenir aux *héritiers* de la personne *directement* lésée par l'infraction? Cette question n'est pas susceptible d'une réponse absolue; nous devons, en effet, distinguer trois hypothèses.

L'infraction a été commise antérieurement à la mort de la victime. — Si l'infraction a porté atteinte à la fortune du défunt, les héritiers, qui deviennent propriétaires des biens, sont directement lésés; ils peuvent donc se porter partie civile, en leur qualité d'*héritiers*. Si l'infraction a atteint le défunt dans ses biens innés, sa santé, sa liberté, les héritiers peuvent encore intenter l'action civile, car l'infraction a causé à leur auteur un dommage pécuniaire ou moral dont il leur est dû réparation, à titre d'héritiers. Mais si l'infraction n'a atteint que l'honneur ou la considération du défunt, si c'est une *injure*, une *diffamation*, les héritiers peuvent-ils commencer une instance pour obtenir, au nom du défunt, la réparation d'un dommage que lui seul a éprouvé? Je ne le pense pas: d'une part, l'action civile manquerait ici de base, puisque le fait, dont se plaignent les héritiers, ne leur a pas causé personnellement un dommage; d'autre part, celui qui est décédé, sans avoir intenté l'action, est présumé avoir pardonné. Mais les motifs mêmes de cette solution traditionnelle prouvent qu'elle ne s'appliquerait pas au cas où l'action civile aurait été mise en mouvement, avant le décès, par le défunt lui-même: les héritiers pourraient alors *continuer* l'instance, car l'action formée et tendant à des dommages-intérêts, quelle qu'en soit

le même droit que lui. Mais, en outre, la loi de 1849 (art. 123), donne à tout électeur le droit de porter plainte et de se constituer partie civile. Voy. *suprà*, n° 82. Comp. Montpellier, 10 nov. 1894 (S. 96. 2. 201) et la note de M. Villey, qui conclut ainsi : « La vraie solution consisterait à décider, « comme l'a fait la loi espagnole du 26 juin 1890, que l'action pénale, nais- « sant des délits électoraux, est *publique*, c'est-à-dire qu'elle peut être mise en « mouvement par tout électeur aussi bien que par le ministère public, sauf « à prendre certaines mesures pour réprimer l'abus qui pourrait être fait de « ce droit d'action ». M. Laborde, dans la *Revue critique*, 1895, p. 167, sur la partie civile sans intérêt personnel, voit, dans la loi de 1849, « le germe d'une nouvelle conception de l'action civile que le législateur pourrait développer ». Comp. pour le principe au moins : Riom, 16 déc. 1896 (S. 97. 2. 114).

Digitized by Google

la base, est un bien que les héritiers recueillent, comme tous les autres biens, dans le patrimoine du défunt (C. civ., art. 957)[26].

L'infraction a causé la mort de la victime. — Les héritiers des personnes tuées instantanément, par exemple dans un accident de chemin de fer causé par l'imprudence d'un agent de la compagnie, ont-ils, en leur seule qualité d'héritiers, testamentaires ou *ab intestat*, une action en réparation de la mort de leur auteur? Il est difficile de l'admettre[27]. L'action n'a pu se transmettre: elle est née par le fait du décès, au profit de toutes les personnes qui ont souffert de l'accident[28]. Par conséquent, les héritiers devront agir en leur nom et justifier d'un dommage personnel. D'où il suit que toute personne qui aura subi, dans sa fortune, dans sa situation, un préjudice, par le fait du décès, pourra, bien que n'étant pas héritière, se porter partie civile. L'action appartiendra, par exemple : à la veuve, dont le mari était le soutien; au mari, qui profitait des revenus de sa femme; aux ascendants, qui touchaient une pension alimentaire du défunt; aux créanciers, qui avaient fait crédit à la valeur et à la situation du défunt, etc.

Et toutes ces personnes, qui ont à faire valoir un dommage, moral ou pécuniaire, peuvent intenter *concurremment* l'action civile, car l'intérêt de l'une n'exclut pas l'intérêt de l'autre[29]. Mais on ne saurait admettre les proches parents ou les amis de la victime, par cela seul qu'ils ont été frappés dans leur affection, à se porter partie civile. L'intérêt de sentiment peut être un motif pour provoquer des poursuites, pour dénoncer l'auteur du délit, mais il ne saurait servir de base à une action pécuniaire en réparation, puisque l'article 1er du

[26] *Sic,* Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 127; Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 1, n° 559; Le Sellyer, *op. cit.*, t. 1, n° 276.

[27] On la trouvera discutée dans D. A., *Supplément*, v° *Procédure criminelle*, n°s 194 à 198. Comp. Laborde, *Rev. crit.*, 1894 p. 25.

[28] Comp. dans ce sens : Besançon, 1er déc. 1880 (D. 81. 2. 65).

[29] Voy. Cass., 20 févr. 1863 (S. 63. 1. 321); Lyon, 18 mars 1865 (S. 65. 2. 259).

Digitized by Google

Code d'instruction criminelle ne la donne qu'à ceux qui ont souffert d'un dommage[30].

L'infraction a été commise après le décès de la personne qu'elle atteint. — Il s'agit, ici, des injures, des diffamations dirigées contre la mémoire des morts. Donneront-elles ouverture à l'action civile? C'est se demander d'abord si ces injures ou ces diffamations constituent des délits.

Avant la loi sur la presse du 27 juillet 1881, on envisageait la question sous deux points de vue différents[31] : ou la diffamation ne concernait réellement que la personne du défunt, sans avoir pour but de blesser sa famille; ou bien c'était sa famille qu'on avait voulu blesser, tout en paraissant diriger l'imputation contre le défunt. Dans le second cas, il y avait réellement diffamation à l'égard des héritiers, personnellement quoiqu'indirectement atteints, par une diffamation qui les visait en traversant leur auteur. Dans le premier cas, la doctrine et la jurisprudence se divisaient[32]. Tandis que la Cour de cassation décidait que la diffamation envers une personne décédée constituait, comme la diffamation envers une personne vivante, un délit, dont la répression pouvait être poursuivie par les héritiers du défunt[33], les cours d'appel jugeaient

[30] Dans notre ancienne jurisprudence, on admettait l'intervention, de plein droit, *jure sanguinis et propter causam doloris*, de certains parents. On a enseigné que ces règles seraient encore applicables aujourd'hui. *Sic*, Faustin Hélie, t. 1, n° 557; Sourdat, *op. cit.*, t. 1, n° 33; Larombière, *op. cit.*, t. 5, p. 714; Le Sellyer, *op. cit.*, t. 1, n° 263. Mais le texte même de l'article 1er du Code d'instruction criminelle, en ne donnant l'action civile qu'à ceux qui ont souffert du dommage, ne peut se concilier avec cette solution. Voir sur la question : Haus, t. 1, n° 1373; Trébutien, t. 2, p. 29; Villey, *op. cit.*, p. 194; et note dans S. 46. 1. 657; Cass. belge, 17 mars 1881 (S. 82. 4. 9) et la note; Bourges, 14 déc. 1872 (S. 74. 2. 71; D. 73. 2. 197). Comp. *suprà*, p. 237, note 9.

[31] Voy. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse* (1846, 2e éd., 2 vol. in-8°), t. 1, nos 492, 494, p. 398, 404; Bertin, *De la diffamation envers les morts*, 1867, in-8°.

[32] G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, t. 2, n° 895, p. 509 et 510. On trouvera les références dans cet ouvrage.

[33] Cass., 24 mai 1860 (S. 60. 1. 657; D. 60. 1. 243); 23 mars 1866 (S. 66. 1. 750; D. 67. 1. 46); 5 juin 1849 et Lyon, 11 déc. 1868 (héritiers Vaïsse

Digitized by Google

que l'action des héritiers n'était recevable qu'autant qu'ils se trouvaient personnellement atteints par la diffamation dirigée contre leur auteur.

La loi du 29 juillet 1881 a voulu trancher la question[34]. Elle l'a fait dans des termes qui ont créé d'autres difficultés. L'article 34, § 1, est ainsi conçu : « Les articles 29, 30 et 31 « ne seront applicables aux diffamations ou injures dirigées « contre la mémoire des morts, que dans le cas où les auteurs « de ces diffamations ou injures auront eu l'intention de por- « ter atteinte à l'honneur et à la considération des héritiers « vivants ».

Cette disposition a-t-elle effacé tout délit de diffamation envers la mémoire des morts? A-t-elle, au contraire, créé ce délit, en le soumettant à certaines conditions constitutives? Ces deux manières de comprendre l'article 34 ont leurs partisans convaincus. D'après la première, la diffamation envers les morts ne constitue pas un délit, en tant qu'elle vise les morts; mais elle constitue un délit, en tant qu'elle atteint ou qu'elle entend atteindre les héritiers vivants[35]. Dans ce dernier cas, les héritiers sont personnellement, bien qu'indirectement diffamés, et ils ont une action personnelle en diffamation. La loi punit, en effet, la diffamation indirecte comme la diffamation directe. D'après la seconde manière de voir, l'article 34 établirait un délit spécial, en ce sens que l'action, engagée par l'héritier en son nom personnel, prendrait sa source, non dans la diffamation ou l'injure indirecte dont il est l'objet, mais directement dans la diffamation ou l'injure

c. Labaume); 24 mai 1879 (S. 80. 1. 137; D. 79. 1. 273); 27 mai 1881 (Narbey c. prince de Lusignan).

[34] Voy. Cellier et Le Senne, *Loi de 1881 sur la presse* (1882, in-8°), p. 489 et 490. On trouvera, dans cet ouvrage, l'histoire du texte. Cons. également, D. 81. 3. 106.

[35] Voy. Barbier, *Code expliqué de la presse avec complément* (1887-1895, 3 vol. in-8°), t. 2, n° 548, p. 86; Fabreguettes, *Traité des délits politiques et des infractions par la parole, l'écriture et la presse* (2e édit., 1901, 2 vol. in-8°), t. 2, n° 397, p. 479. Cette interprétation avait été admise par la Chancellerie, dans sa circulaire du 9 novembre 1881.

Digitized by Google

dirigée contre son auteur[36]. L'intérêt de la question se présente en ce qui concerne les règles de compétence, de preuve et de procédure. Supposons, en effet, une diffamation, dirigée contre la mémoire d'un fonctionnaire public, à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, par laquelle on veut atteindre le fils de ce fonctionnaire qui est un simple particulier. Si on adopte le premier système, la circonstance que les imputations diffamatoires ont été adressées au mort, relativement aux fonctions par lui remplies de son vivant, n'aura aucune influence sur les questions de preuve et de compétence que peut soulever l'action : ce sera une diffamation envers un particulier, voilà tout. Mais si on adopte le second, le délit se caractérisera par la situation qu'avait de son vivant le mort qui a été diffamé : par suite, la cour d'assises sera compétente et la preuve de la vérité des faits diffamatoires sera permise.

Telle est, en effet, la solution donnée à la difficulté par la jurisprudence[37]. Dans cette opinion, pour sauvegarder les intérêts de l'histoire, la loi n'admet le délit de diffamation des morts, qu'autant que l'imputation passe à travers leur mémoire pour aller atteindre des vivants; mais alors la diffamation contre la mémoire des morts constitue un délit spécial. Si tels n'étaient pas le sens et la portée de l'article 34, il serait sans signification et sans utilité, « puisqu'il n'attribuerait aux « héritiers vivants aucune action nouvelle et ne leur accorde- « rait, en définitive, que l'action personnelle qui leur appar-

[36] *Sic*, G. Le Poittevin, *op. cit.*, t. 2, n° 897, p. 514.

[37] C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Cassation dans un arrêt du 29 avril 1887 (Fouque et Delcourt contre Weiss) : « Attendu que, « pour que la diffamation dirigée envers la mémoire des personnes décédées « constitue un délit, il n'est pas nécessaire que les écrits incriminés contien- « nent l'imputation de faits précis et déterminés contre les héritiers; « qu'il suffit que la diffamation envers les morts ait été commise avec inten- « tion de nuire aux héritiers ». Voy. également : Paris, 30 mars 1897 (Le Baudy c. Delahaye et la *Libre parole*); Cour d'assises de la Seine, 3 déc. 1900 (S. 1901. 2. 55, V° Henry c. Joseph Reinach et autres). Comp. Régis Coste, *Diffamation envers la mémoire des morts* (*La France judic.*, 1898. 1. 321). Je dois reconnaître que la question est très controversée. Voy. la note sous l'arrêt de la Cour d'assises de la Seine du 3 décembre 1900.

Digitized by Google

« tient déjà ». En effet, les héritiers ont toujours le droit, quand, sous l'apparence et le prétexte d'imputations dirigées contre leur auteur décédé, ils sont personnellement et directement injuriés ou diffamés, de faire abstraction de leur qualité d'héritiers et de poursuivre le diffamateur en vertu des articles 31, 32 et 33 de la loi de 1881. Il n'était pas besoin d'un texte nouveau pour le leur conférer.

Le délit de diffamation envers la mémoire des morts implique, aux termes de l'article 34, la réunion des éléments spéciaux que voici : 1° l'allégation ou l'imputation envers une personne décédée d'un fait de nature à porter atteinte à son honneur ou à sa considération ; 2° une atteinte possible à l'honneur ou à la considération des héritiers vivants; 3° l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération de ces héritiers[38].

Le texte de l'article 34 paraît viser globalement tous les héritiers sans distinction ni limitation de degré de parenté, mais il ne paraît viser que les héritiers. En effet, l'action n'est accordée aux héritiers que pour obtenir la réparation d'une diffamation qui, bien que commise envers leur auteur, rejaillit sur eux et est de nature à leur nuire. Cette répercussion implique bien un lien de parenté qui les unit au défunt et les solidarise avec sa mémoire.

Mais peu importe le degré et la nature de la parenté, peu importe que l'héritier ait renoncé à la succession. Si le titre de parent personnellement lésé est nécessaire, il est, en même temps, suffisant[39].

Au point de vue de l'exercice de l'action en dommages-intérêts résultant d'une diffamation envers la mémoire des morts, deux situations sont possibles.

La première est celle dans laquelle le délit existe. Les héritiers ont alors le droit d'exercer l'action civile dans les conditions ordinaires. Toutefois, si leur auteur est un fonctionnaire

[38] Sur tous ces points : G. Le Poittevin, *op. cit.*, t. 2, n° 899, p. 519.

[39] Sur tous ces points, la jurisprudence ne paraît pas encore fixée. Il y a des arrêts dans tous les sens.

Digitized by Google

public diffamé dans l'exercice de ses fonctions, ils sont obligés de se conformer à l'article 46 de la loi du 29 juillet 1881, aux termes duquel l'action civile, résultant des délits de diffamation prévus et punis par l'article 31 de cette loi, ne peut être poursuivie séparément de l'action publique[40].

La seconde situation est celle où le délit n'existe pas. Les héritiers peuvent néanmoins, s'ils établissent que la diffamation leur a causé un préjudice matériel ou moral, en poursuivre la réparation par une action en dommages-intérêts ordinaire. C'est ce qui a été formellement reconnu au cours de la discussion de l'article 34[41].

123. Les ayants-cause de la partie lésée, autres que les héritiers, pourraient-ils agir, sous son nom, pour demander des dommages-intérêts?

La question se pose distinctement pour les *créanciers* et les *cessionnaires*.

Les créanciers de la partie lésée seront certainement recevables à agir, soit au nom de leur débiteur, conformément à l'article 1166 du Code civil, soit de leur chef, s'ils ont été lésés personnellement. Ce dernier cas, assez rare, pourra se présenter lorsque les créanciers n'auront d'autre sûreté que l'industrie de leur débiteur, et que l'infraction aura causé la mort de ce dernier ou du moins une incapacité de travail permanente ou temporaire[42].

[40] C'est ce qui résulte du caractère que nous avons donné au délit de l'article 34.

[41] Déclarations du rapporteur M. Lisbonne, à la Chambre des députés, dans la séance du 21 juillet 1881 (Celliez et Le Senne, *op. cit.*, p. 669).

[42] Mangin, *op. cit.*, t. 1, n. 126; Le Sellyer, *op. cit.*, t. 1, n. 275. Contrairement à cette opinion, il a été jugé, par le tribunal civil de la Seine, que l'action en dommages-intérêts pour la réparation d'un délit contre une personne est une action exclusivement attachée à la personne, et qu'en conséquence elle ne saurait être exercée par les héritiers : Trib. Seine, 9 janv. 1879 (S. 81. 2. 21). Mais c'est une simple affirmation qui aurait besoin d'être soutenue par un argument. Il nous paraît plus exact de dire que l'action civile est toujours susceptible d'être exercée par les créanciers pour faire réparer un *préjudice pécuniaire*, mais ne l'est pas pour faire réparer un dommage moral.

Digitized by Google

L'action civile, comme toute autre action en dommages-intérêts, peut être l'objet d'une cession (C. civ., art. 1249 et 1250, 1598, 1607, 1699, 1700 et 1701). C'est ce que j'ai démontré déjà, et je ne crois pas qu'il y ait lieu de distinguer entre l'action naissant des délits qui causent un préjudice pécuniaire et l'action naissant des délits qui causent un préjudice moral, puisque, dans un cas comme dans l'autre, l'action a toujours pour objet une réparation pécuniaire. On a prétendu, dans le cas d'exercice de l'action civile par un cessionnaire, que les juges, lorsqu'ils admettent le principe de la demande, ne doivent pas dépasser, dans la fixation du montant des indemnités, le prix réel de la cession[43]. Mais c'est partir de l'idée fausse que la partie lésée a déterminé, par le prix même de la cession, l'indemnité qui lui est due : ce prix représente un forfait et ne dispense pas les juges d'évaluer le dommage et d'accorder au représentant de la victime toute l'indemnité qui pourrait être due à celle-ci[44].

124. Pour être admis à se porter partie civile, il faut avoir la capacité d'exercer ses droits en justice. Or, les règles, relatives à la capacité d'ester en justice, sont tracées par les lois civiles et le Code d'instruction criminelle n'y apporte aucune dérogation. En conséquence, ne peuvent se porter partie civile : le mineur, s'il n'est représenté par son père ou par son tuteur, excepté lorsqu'il est émancipé; l'interdit judiciaire ou légal, s'il n'est représenté par son tuteur; la femme mariée, sans l'autorisation de son mari ou de justice; le pourvu de conseil, sans l'assistance de ce conseil[45].

[43] Haus, *op. cit.*, t. 2, n° 1376, note 15; Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 128.

[44] Le cessionnaire qui court les chances fâcheuses d'un procès doit pouvoir profiter des chances favorables. Voy. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 2, n° 609.

[45] Toutes ces règles sont certaines. Pour la doctrine et la jurisprudence : D. A., *Supplément*, v° *Procédure criminelle*, n°s 176 à 188; *Rép. gén. droit français*, v° *Action civile*, n°s 189 à 214. — *Adde*, pour la femme mariée : Cass., 29 juin 1893 (*B. cr.*, n° 170); 16 févr. 1905 (*B. cr.*, n° 51). — Voy. cependant pour le mineur : Trib. corr. de la Seine, 5 nov. 1904 (*Gaz. des Trib.*, 29 décembre 1904). Mais observations dans *Rev. pénit.*, 1905, p. 241.

Digitized by Google

Un étranger peut intenter l'action civile, s'il a été victime d'une infraction. Mais il est tenu, devant quelque tribunal qu'il agisse, si le prévenu français le requiert, avant toute exception, de donner caution pour le paiement des frais et des dommages-intérêts résultant du procès[46], à moins qu'il ne possède, en France, des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce paiement, ou qu'il ne soit autorisé par le gouvernement français à établir un domicile en France, ou, enfin, que, par un traité, les Français ne soient dispensés du cautionnement dans le pays auquel appartient l'étranger[47] demandeur (C. civ., art. 16).

Enfin, les communes, les sociétés commerciales, les établissements d'utilité publique, les corporations et autres personnes juridiques ne pourront intenter l'action civile que suivant les règles qui président à leur capacité, et par l'intermédiaire de leurs représentants.

Toutes ces solutions ne s'appliquent qu'à la représentation légale. Il est, en effet, certain que la partie civile n'est pas tenue de comparaître en personne devant le tribunal répressif et qu'elle peut s'y faire représenter par un mandataire.

§ XX. — CONTRE QUELLES PERSONNES L'ACTION CIVILE PEUT ÊTRE INTENTÉE.

125. Qualité et capacité des personnes contre qui l'action civile peut être intentée. — **126.** Trois groupes de personnes. — **127.** Auteurs et complices. Rapports

[46] L'étranger défendeur ne saurait, à notre sens, réclamer le bénéfice de la caution *judicatum solvi*, qui a été établi comme garantie des *Français* plaidant contre des étrangers. De nombreux arrêts, rendus en matière civile, ont, en effet, décidé que l'étranger défendeur ne peut exiger la caution de l'étranger demandeur. Or, les raisons de décider sont les mêmes en matière répressive qu'au civil.

[47] *Sic*, Cass., 18 févr. 1846 (S. 46. 1. 320). Sur la nécessité de la caution *judicatum solvi*, devant les tribunaux de répression, les auteurs sont unanimes. Un arrêt de la Cour de Dijon du 13 juill. 1881 (S. 84. 2. 3) a cependant jugé, en sens contraire, que l'étranger qui se porte partie civile devant le tribunal correctionnel n'est pas tenu de fournir la caution *judicatum solvi*, même s'il agit par voie de citation directe. Cet arrêt, assez faiblement motivé, ne paraît pas destiné à faire jurisprudence.

Digitized by Google

entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile. Causes de non-culpabilité. Faits justificatifs. Jeune âge et absence de discernement. Aliénation mentale. État de nécessité. Exercice d'un droit. Légitime défense. Abus de droit. — **128.** Des personnes civilement responsables. Principe et limites de la responsabilité civile. Parents. Commettants. Instituteurs. — **129.** Héritiers, soit des auteurs et des complices, soit des personnes civilement responsables. — **130.** De l'action civile exercée contre un incapable. Distinction entre la femme mariée et les autres incapables.

125. Dire contre qui l'action civile peut être intentée, c'est déterminer: 1° d'abord, les personnes qui sont tenues de réparer le dommage causé par l'infraction; 2° puis, quelle capacité doivent avoir ces personnes pour défendre à l'action civile.

126. L'obligation de réparer le dommage, causé par un crime, un délit ou une contravention, pèse : 1° directement, sur les auteurs et complices de l'infraction; 2° indirectement, sur les personnes civilement responsables; 3° enfin, sur les héritiers des unes et des autres.

127. La responsabilité pénale du délit n'incombe qu'aux *auteurs* et aux *complices*. Si le délit a causé un dommage, les auteurs et les complices sont les premiers tenus d'en réparer les conséquences. Mais les éléments qui constituent la responsabilité à l'égard du dommage, n'étant pas identiquement de même nature que ceux qui concernent la responsabilité à l'égard de la peine, il importe, ici, d'examiner les rapports de dépendance entre la *responsabilité pénale* et la *responsabilité civile*.

Toute personne, pénalement responsable d'un délit, est *a fortiori* civilement responsable du dommage qu'il a causé, car la responsabilité pénale implique nécessairement la coexistence des deux éléments qui servent de base à la responsabilité civile : un *fait illicite* à la charge de l'agent et la *culpabilité* de celui-ci. Il en résulte que la décision pénale, qui condamne un individu comme auteur ou complice, a force de chose jugée sur le principe même de la responsabilité civile : il ne reste

Digitized by Google

plus qu'à déterminer si le délit a causé un préjudice et à en fixer le quantum [1].

Ce point de départ établi, quelle influence peut avoir, sur la responsabilité civile, l'existence, au profit du délinquant, soit d'une cause de *non-culpabilité*, soit d'un *fait justificatif?* Ces circonstances, impliquant l'absence de l'un des deux éléments du délit civil, ne sont pas, en général, compatibles avec la responsabilité civile (C. civ., art. 1382). Mais il y a lieu cependant de faire quelques réserves sur la portée de cette proposition.

1. Les *causes de non-culpabilité* tiennent à l'un de ces trois faits : le *jeune âge*, la *démence*, la *contrainte*.

a) Le mineur de seize ans, qui accomplit sans discernement un délit, n'en est responsable ni au point de vue civil, ni au point de vue pénal. Mais la minorité n'est pas, par elle-même, une cause d'irresponsabilité. D'une part, l'article 66 du Code pénal autorise la condamnation du mineur à une peine, s'il est établi qu'il a agi avec discernement. D'autre part, l'article 1310 du Code civil déclare que le mineur « n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit civil ». Ainsi la responsabilité pénale ou civile dépend toujours d'une question soumise à l'appréciation souveraine des juges du fait[2], non celle de savoir quel âge a le mineur, mais la question de savoir si le mineur a agi avec discernement[3]. Au point de vue civil, comme au point de vue pénal,

§ XX. [1] C'est la conséquence directe du principe d'après lequel le juge ne peut méconnaître, au point de vue civil, ce qui a été directement et nécessairement décidé par le juge criminel.

[2] Le Code civil allemand restreint la liberté d'appréciation des juges. Aux termes de l'article 828 : « Celui qui n'a pas atteint l'âge de sept ans accom« plis n'est pas responsable du dommage qu'il cause à autrui. Celui qui a « atteint l'âge de sept ans, mais non celui de dix-huit ans, n'est pas respon« sable du dommage qu'il a causé à autrui, s'il a commis l'acte dommageable « sans avoir le discernement nécessaire pour avoir conscience de sa res« ponsabilité... ». Dans le droit français, il n'existe de période d'irresponsabilité absolue ni au point de vue civil ni au point de vue pénal.

[3] C'est évidemment le seul point commun entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile, l'une et l'autre impliquant le *discernement*. Voilà pour-

Digitized by Google

un mineur, quel que soit son âge, peut être un *coupable*, s'il a agi avec discernement, mais ne peut être un *coupable* que s'il a agi avec discernement. Ceci posé, le discernement, au point de vue pénal, doit-il identiquement s'apprécier de la même manière que le discernement au point de vue civil? Nous ne le pensons pas, et il n'y aurait aucune inconciliabilité entre la décision correctionnelle qui, à défaut de discernement, exonérerait le mineur de l'application de la peine, et la décision civile qui le condamnerait à réparer le dommage qu'il a causé par sa faute[4]. On peut dire, en effet, qu'aujourd'hui, le juge pénal ne prend pas telle décision parce qu'il a reconnu ou non le discernement, mais qu'il reconnaît ou non le discernement pour pouvoir prendre telle décision. L'existence ou l'absence

quoi les tribunaux civils, comme les tribunaux de répression, doivent rechercher si le mineur a pu se rendre compte de ce qu'il faisait. Voy. Cass. civ., 13 janv. 1890 (S. 91. 1. 49; D. 90. 1. 145).

[4] Voy. Bordeaux, 31 mars 1852 (D. 54. 5. 113); Besançon, 17 déc. 1902 (*Pand. franç.*, 1903. 2. 324). L'espèce sur laquelle a statué ce dernier arrêt était intéressante. Deux jeunes enfants, âgés de dix et onze ans, revenaient des champs où ils avaient été chercher le bétail de leurs parents, lorsqu'ils se sont pris de querelle : au cours de la lutte, l'un d'eux a atteint l'autre au visage, avec une perche maniée maladroitement, et lui a crevé un œil. Cet enfant, ayant été poursuivi devant le tribunal correctionnel, fut acquitté comme ayant agi sans discernement. Poursuivi en réparation devant le tribunal civil, il fut définitivement condamné à des dommages-intérêts par la Cour de Besançon, dans l'arrêt précité : « parce que ce défaut de discerne-« ment, n'ayant été apprécié par le juge correctionnel qu'au regard de la faute « pénale, laisse entier le droit du juge civil de déterminer si la responsa-« bilité du mineur existe au point de vue de la faute civile; parce que si la « faute pénale doit être appréciée strictement, à cause des conséquences ri-« goureuses qu'elle peut entraîner, la faute civile doit l'être plus largement « puisqu'elle ne peut conduire qu'à des réparations pécuniaires; parce qu'il « n'y a aucune inconciliabilité entre la décision correctionnelle qui, à défaut « de discernement, exonère un mineur de l'application de la peine qu'il a « encourue et la décision civile qui le condamne à réparer le dommage qu'il « a causé...; que si on doit reconnaître, en fait, dans l'espèce, que X... n'a « pas eu le discernement légal pour se rendre compte qu'il commettait un « délit, on doit tenir pour certain que, malgré son extrême jeunesse, il avait « une conscience suffisante de ses actes pour apprécier, ne fût-ce que dans « une faible mesure, qu'il commettait une faute, lorsque, par maladresse, il « a blessé Z...; que cela suffit pour que sa responsabilité civile soit établie ».

Digitized by Google

de discernement n'est plus qu'un moyen de colorer ou de motiver la mesure qu'il juge utile. Quel rapport pourrait-on établir entre cette manière d'envisager le discernement au point de vue pénal et la manière de l'envisager au point de vue civil?

b) L'aliéné est irresponsable, aussi bien civilement que pénalement : le renvoyer d'instance, au point de vue de la répression, pour cause de démence [5], et le condamner à réparer le préjudice qu'il a causé, serait évidemment contradictoire.

Lorsqu'on recherche si l'auteur d'un acte illicite jouissait de ses facultés mentales, il faut examiner son état au moment où l'acte a été accompli et par rapport à cet acte [6]. Peu importe que son interdiction ait été ou non prononcée. A cet égard, c'est sous le même angle qu'il faut considérer la responsabilité pénale et la responsabilité civile (C. p., art. 64).

Deux limitations ou restrictions ont été, du reste, proposées à l'irresponsabilité de l'aliéné.

La première consisterait à maintenir la règle qu'un fou ne peut être responsable au point de vue pénal, mais à la faire fléchir, au point de vue civil, en le condamnant toujours à réparer, sur son patrimoine, le préjudice qu'il a causé [7]. Un cer-

[5] Nous prenons le mot démence dans le même sens que l'article 64 du Code pénal, comme synonime d'aliénation mentale.

[6] Labbé, *De la démence au point de vue de la responsabilité et de l'imputabilité en matière civile* (*Rev. crit.*, t. 37, 1870, p. 109).

[7] C'est là une distinction qui fait son chemin et qui se rattache à la théorie du *risque* substituée à celle de la faute. Cette théorie est, du reste, vivement contestée par des civilistes distingués. Voy. Marcel Planiol, *Étude sur la responsabilité civile* (*Rev. crit.*, 1905, p. 277). Le Code civil allemand (art. 829) admet le principe d'une indemnité, dans les limites où l'auteur du dommage peut la payer, sans être lui-même privé des ressources dont il a besoin. Le Code fédéral suisse des obligations, dans l'article 58, permet au juge, « si, l'équité l'exige », de condamner une personne, même irresponsable, à la réparation totale ou partielle du préjudice qu'elle a causé. Une tentative pour faire passer cette conception dans la loi française a eu lieu, il y a quelques années. M. Pourquery de Boisserin a déposé, en 1901, à la Chambre des députés, une proposition de loi tendant à modifier l'article 1382, en substituant au mot « *faute* » le mot « fait », et en déclarant « le dément responsable civilement du préjudice par lui causé ». Voy. *Journ. off.*, Doc., 1901, session extraord., p. 73. Cette proposition a été adoptée après

Digitized by Google

tain nombre de législations se sont engagées dans cette voie. Mais notre jurisprudence est restée étrangère à ce mouvement juridique. Elle considère que les biens du fou ne répondent pas du dommage que l'inconscient a causé. Entre l'idée de patrimoine et l'idée de réparation, il en manque une troisième pour lui servir de lien et expliquer comment la seconde résulte de la première. De ce qu'un individu a un patrimoine, il ne s'ensuit pas qu'il doive réparer le mal dont il est l'auteur, tant qu'on ne démontre pas qu'il y est *obligé*, et un individu n'est obligé à réparer les conséquences d'un fait dommageable que s'il est *responsable* de ce fait. Or l'idée de *faute* est la base et la raison d'être de l'idée de *responsabilité* [8].

L'aliéné doit être déclaré responsable civilement et même pénalement si le fait est un de ceux pour lesquels la loi punit l'imprudence ou la négligence, toutes les fois que sa folie résulte d'habitudes vicieuses, telles que l'alcoolisme, le désordre des mœurs. Alors, en effet, une faute initiale est imputable à l'agent et suffit à justifier la responsabilité [9].

Le Code fédéral suisse des obligations, le Code civil allemand, etc., contiennent, sur ce point, des dispositions expresses [10],

déclaration d'urgence (*Journ. off.*, Chambre : rapport, Doc. 1902, p. 117 ; urgence, adoption, séance du 19 févr. 1902, sess. ord. de 1902. 1. 770).

[8] Voy. notamment : Cass. (Ch. des req.), 21 oct. 1901 (S. 1902. 1. 32 ; D. 1901. 1. 524). Cet arrêt qui a fait un très grand bruit, fut l'occasion du dépôt de la proposition de loi dont il est question à la note précédente. Voy. *Rev. pénit.*, 1902, p. 1525. Comp. Henri Pascaud, *La responsabilité des aliénés* (*Rev. crit.*, 1905, p. 277).

[9] Ce qui peut faire hésiter sur cette solution, c'est qu'il n'y a qu'un rapport éloigné entre la faute initiale et le préjudice causé par le délit.

[10] C. féd. suisse des obl., art. 57 « Celui qui, par sa faute, a perdu momen-« tanément la conscience de ses actes, est tenu du dommage qu'il a causé « dans cet état ». C. civ. allemand, art. 827 : « Celui qui, en état « d'inconscience ou dans un état de trouble maladif de l'activité intellec-« tuelle excluant la libre détermination de la volonté, cause du dommage à « une autre personne, n'est pas responsable. Si, par des boissons alcooliques « ou par d'autres moyens, il s'est placé dans un état passager de cette « espèce, il est responsable du dommage qu'il cause injustement dans cet « état, de la même manière que s'il était coupable de négligence ; la respon-

Digitized by Google

et, dans notre pratique judiciaire, quelques décisions ont admis cette solution[11].

A plus forte raison, la faute initiale de celui qui s'est mis en état d'ivresse, le rend-elle responsable, au point de vue civil tout au moins, du délit qu'il a commis. Mais l'acte ne saurait être imputé à faute à l'agent lorsque l'ivresse est absolument involontaire, notamment quand elle résulte de manœuvres pratiquées par des tiers[12].

c) L'irresponsabilité pénale existe là où l'agent « a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ». Mais, dans ce cas même, la responsabilité civile peut être engagée, s'il subsiste une faute à sa charge. Il y a notamment des cas de nécessité, où l'acte accompli, échappe à la loi pénale, parce que la loi pénale ne peut ni le prohiber, ni le punir, parce que la société n'a aucun intérêt à le faire, et où cependant cet acte reste, dans la mesure du préjudice injuste causé à un tiers, imputable à celui qui l'a commis.

II. La responsabilité civile, comme la responsabilité pénale, suppose un *fait illicite*, c'est-à-dire non permis par la loi. Il s'ensuit que l'usage qu'une personne fait de son droit ne saurait être la base d'une condamnation pénale, pas plus que d'une condamnation civile. Cette idée que le jurisconsulte Paul formulait, au point de vue du droit indemnitaire : « *Nemo damnum facit, nisi quid id fecit, quod facere jus non habet* », a sa correspondance exacte dans le droit répressif, et il a été décidé que le prévenu ou l'accusé, renvoyé de toute poursuite comme ayant agi en état de légitime défense, ne peut être condamné à des dommages-intérêts envers la partie civile[13]. La légitime défense constitue un fait justificatif; elle

« sabilité n'a pas lieu s'il a été mis dans cet état sans sa faute ». Comp. Code civil japonais, art. 713.

[11] Rouen, 17 mars 1874 (S. 74. 2. 199; D. 74. 2. 190); Caen, 9 nov. 1880 (S. 82. 2. 118; D. 82. 2. 23).

[12] Voy. la note 10 et les dispositions de droit étranger qu'elle rapporte.

[13] Voy. Limoges, 24 juin 1884 (S. 86. 2. 57); Cass., 24 févr. 1886 (S. 86. 1. 176). Voy. en sens contraire de ces arrêts : Sourdat, *Traité de la responsabilité* (5e éd.), t. 1, n° 368.

Digitized by Google

implique que celui qui a commis l'homicide ou causé les blessures a agi dans des circonstances telles qu'il n'a fait qu'exercer son droit. Or, l'exercice d'un droit exclut, pour celui qui se trouve dans cette situation, l'application de toute peine (C. p., art. 328 et 329). Il est difficile de comprendre comment celui que la loi considère comme ne faisant qu'exercer un droit serait traité comme ayant commis une faute civile et pourrait encourir une condamnation à des dommages-intérêts à ce titre.

Le Code pénal de 1791 constatait, à ce point de vue, la correspondance entre le droit civil et le droit pénal : « En cas d'homicide légitime, il n'existe point de crime, et il n'y a lieu à prononcer aucune peine *ni même aucune condamnation civile*[14] ». Cette disposition n'est pas expressément reproduite dans notre Code pénal; mais le principe qui lui sert de base domine le droit civil comme le droit pénal. Peut-être la conception de « l'exercice du droit » n'est-elle pas la même dans les deux disciplines juridiques[15]? Mais un fait, justifié au point de vue du droit pénal, est nécessairement un fait licite au point de vue du droit civil.

La juridiction civile qui a la mission de rechercher s'il y a faute et d'écarter toute responsabilité, s'il y a simple exercice d'un droit de la part de celui qui a commis l'homicide, ne peut pas faire abstraction des dispositions de la loi pénale qui a déterminé les conditions de *légitimité* de l'homicide. Quand on se renferme dans les limites de son droit, on peut bien commettre une faute morale, mais non une faute juridique, et la responsabilité sociale, celle qui est sanctionnée, a nécessairement pour base une faute juridique[16].

Mais, comme tous les droits, le droit de légitime défense a des limites, au delà desquelles celui qui l'invoque ne doit pas être considéré comme ayant exercé son droit, mais comme

[14] Art. 5 du tit. 2, sect. 1re (2e partie).

[15] Voy. notamment, sur ce point, Paul Cuche, *Rev. crit.*, 1903, p. 462, à propos d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 25 mars 1902 (S. 1903. 1. 3).

[16] Voy. la note de M. Lyon-Caen, sous l'arrêt de la Chambre des requêtes du 25 mars 1902 (S. 1903. 1. 3).

Digitized by Google

l'ayant dépassé. Dans ce cas, et dans ce cas seulement, il pourra être question d'une responsabilité civile. Rien de plus facile que de fixer les limites de la légitime défense, puisque le Code pénal détermine les conditions dans lesquelles elle existe et que, en dehors de ces conditions, ou il n'y a pas légitime défense, ou il y a excès de défense[17]. C'est l'application spéciale, à la défense par l'homicide ou les coups et blessures, de la théorie de l'abus de droit[18].

128. A côté des auteurs et des complices, c'est-à-dire de ceux qui ont participé au fait incriminé, d'autres personnes sont tenues de réparer le dommage causé par une infraction à laquelle elles sont restées étrangères.

Cette conception de la *responsabilité du fait d'autrui* n'est que la transformation d'une des institutions les plus caractéristiques des droits primitifs. A une certaine période de l'histoire, le groupe social, famille, clan ou tribu, encadre et absorbe l'individu, au point que si le groupe doit protéger et défendre chacun de ses membres, le groupe est également

[17] Ainsi le propriétaire, qui peut user de son bien à son gré, a-t-il le droit cependant de défendre sa propriété, en y plaçant un chien de garde (Voy. Bordeaux, 6 avr. 1892, S. 92. 2. 183; Alger, 5 juin 1878, S. 80. 2. 176), en y établissant des pièges à loup, en disposant, à l'entrée de sa maison, dans son coffre-fort, etc., un appareil qui, en cas d'effraction, tuera ou blessera celui qui le tentera (Comp. Cass., 27 déc. 1898, S. 99. 1. 230)? C'est se demander si l'exercice du droit de propriété permet au propriétaire d'aller jusqu'à protéger ses biens en tuant ou blessant la personne dont il a à redouter une atteinte à son droit, un vol. Or, la question est, en principe, résolue par le Code pénal qui n'a admis la légitime défense qu'en cas de péril couru par une personne. Il est vrai qu'en cas d'acquittement motivé sur la légitime défense, le propriétaire sera à l'abri de toute action en responsabilité par l'effet de la chose jugée au criminel, même mal jugée. Mais s'il n'y a pas eu jugement définitif, la juridiction civile aura le droit et le devoir d'examiner la question.

[18] Consultez, sur la question générale : Charmont, *L'abus du droit* (*Rev. trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 113 et suiv.); Bosc, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil* (Th. doct. Montpellier, 1901, p. 78 et suiv.); Porcherot, *De l'abus de droit* (Th. doct. Dijon, 1901); Planiol, *Traité élém. de droit civil*, t. 2, nos 909 et suiv. Comp. note Hauriou, dans S. 1905. 5. 17, avec des références.

Digitized by Google

tenu de répondre, vis-à-vis des autres groupes, du délit commis par un de ses membres. Cette organisation collective de la responsabilité, active et passive, est un moyen énergique de rendre les crimes moins fréquents, en intéressant plus de monde à les empêcher. Le progrès a paru consister partout à substituer la responsabilité individuelle à la responsabilité collective. Aujourd'hui, chacun répond de son propre fait, non du fait d'autrui, et, comme le disait notre vieux Loysel : « En crimes, il n'y a point de garants ». Ce qui a subsisté, c'est l'obligation qui pèse sur certains individus, n'ayant pas pris part au délit, d'en supporter cependant les conséquences civiles vis-à-vis de la victime.

D'ordinaire, en effet, chacun n'est responsable, au point de vue *pénal*, comme au point de vue *civil*, que de son propre fait. Parfois cependant certaines personnes sont tenues de réparer le préjudice causé par un fait auquel elles sont restées étrangères. Cette obligation, désignée communément par le terme de « responsabilité civile[19] », a pour fondement une *faute* incombant à des personnes qui, tenues à une certaine surveillance, auraient pu et auraient dû, en l'exerçant scrupuleusement, empêcher le délit et ses conséquences. Le *fait d'autrui* vient donc démontrer la *faute* de l'individu qui n'a pas empêché le délit; et cette *faute*, qui est bien *personnelle* à celui auquel on l'impute, justifie la responsabilité et motive l'extension de l'obligation de réparer le préjudice. Mais il est évident que le défaut de surveillance, qui est un fait de négligence, ne peut être l'équivalent de la volonté coupable, et qu'entre les auteurs et les complices, d'une part, les personnes civilement responsables, de l'autre, il existe bien des différences. 1° La première, c'est que la responsabilité du fait d'autrui est limitée aux réparations civiles, mais ne s'étend pas à la peine. Par suite, la victime du délit a bien le droit de demander à la personne, indirectement responsable, une indemnité qui porte sur les trois chefs de l'action civile, les *restitutions*, les *dommages-intérêts* et les *frais*. Mais la peine, sous

[19] Voy. l'article 74 du Code pénal qui emploie cette expression.

Digitized by Google

aucune de ses formes, ne peut frapper le tiers qui n'est ainsi responsable du fait d'autrui qu'en ce qui concerne la réparation. Les amendes et confiscations notamment sont prononcées contre les auteurs et les complices, non contre les tiers[20]. Et s'il y a des exceptions à cette limitation de la responsabilité civile, elles ne peuvent résulter que de textes formels. Ils se rencontrent surtout dans la législation fiscale. 2° Pour le recouvrement des condamnations prononcées contre elles, les personnes civilement responsables ne sont certainement pas exposées à la contrainte par corps qui reste un moyen d'exécution spécial, autorisé contre les seuls coupables. Mais elles sont tenues *solidairement* entre elles et avec les auteurs et les complices. D'une part, en effet, les personnes civilement responsables sont condamnées pour le *même crime* ou le *même délit*, avec les individus qui ont causé le dommage dont elles doivent répondre, et cette condition est suffisante, aux termes de l'article 55 du Code pénal, pour que la solidarité existe. D'autre part, l'article 156 du décret du 18 juin 1811, contenant le tarif général des frais en matière criminelle, a interprété dans ce sens, du moins en ce qui concerne la condamnation aux *frais*, l'article 55 du Code pénal : « La condamnation aux frais, porte ce texte, sera prononcée, dans toutes les procédures, solidairement entre les auteurs et complices du même fait, *et contre les personnes civilement responsables du délit* ».

Sur les cas de responsabilité civile, une distinction doit être mise en relief. Si le principe que nul ne doit causer de dommage à autrui, principe consacré par l'article 1382 du Code civil, commande à chacun de s'abstenir de tout fait illicite qui pourrait nuire à quelqu'un, il est certain que nul n'est tenu, en vertu d'un principe juridique, de prendre soin des intérêts d'autrui et de prévenir, par une surveillance personnelle, le dommage dont un tiers est menacé par le fait d'un autre. S'ensuit-il que la responsabilité civile du fait d'autrui ne puisse résulter que de textes précis l'établissant? C'est ici qu'il faut tenir compte de deux situations bien différentes.

[20] Cass., 25 juin 1903 (D. 1905. 1. 63).

Digitized by Google

Chacun est responsable du dommage qu'il cause, non seulement par son fait, « *mais encore par sa négligence ou son imprudence* » : ainsi s'exprime l'article 1383 du Code civil. D'où il suit, que le fait des personnes que nous *devons* et *pouvons* empêcher de nuire, quand il constitue une *négligence* ou une *imprudence propre*, est de nature à ouvrir, contre nous, une action en responsabilité fondée sur le principe supérieur de l'article 1383. Mais cette responsabilité, ayant sa cause dans un fait personnel de négligence ou d'imprudence, ne peut être mise en œuvre qu'à la charge, par celui qui en a souffert, de *prouver* que le défaut de surveillance constitue une *faute personnelle* (C. civ., art. 1315). Telle est la règle. Toutefois, la loi peut y faire exception et créer, par suite des rapports qu'elle établit ou constate entre deux personnes, un *devoir légal de surveillance* à la charge de l'une d'elles, la rendre responsable de tous les actes de l'autre, et dispenser celui qui invoque cette responsabilité de toute preuve de négligence. C'est le cas visé par l'article 1384, d'après lequel on est responsable, *non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre*. Ainsi, les articles 1383 et 1384 visent deux cas bien différents de responsabilité indirecte; et tandis que les applications de l'article 1383 sont illimitées, celles de l'article 1384 sont restreintes. En effet, les dispositions qui rendent, *de plein droit*, une personne responsable du fait d'un autre ont un caractère exceptionnel et, par cela même, limitatif [21].

On trouve les principales dans le Code civil (art. 1382 à 1386), auquel renvoie l'article 74 du Code pénal.

La responsabilité civile, telle qu'elle résulte du Code civil, s'applique à trois ordres de personnes : aux parents, pour le fait de leurs enfants mineurs; aux commettants, pour les délits de leurs préposés dans l'exercice de leurs fonctions; aux instituteurs et artisans, pour les personnes soumises à leur garde.

[21] Comp. Rouen, 18 nov. 1876 (S. 80. 2. 316); Chambéry, 29 oct. 1889 (S. 91. 2. 10).

Digitized by Google

La responsabilité des père et mère a tout d'abord sa raison d'être dans un défaut de surveillance présumée. Aussi cesse-t-elle si les père et mère prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le délit. Mais, à cette idée traditionnelle, s'est superposée, peu à peu, une autre conception plus vraie. Les parents du jeune délinquant sont présumés avoir manqué à leur devoir d'éducation[22]. Et alors le champ de l'exception invoquée se restreint; car les parents doivent répondre de leurs enfants momentanément confiés à des tiers et, à plus forte raison, abandonnés sur la voie publique. C'est ainsi que la responsabilité des parents, pour les délits de leurs enfants, mendiants et vagabonds, est incontestable. Malheureusement, elle est presque toujours inefficace, puisque ces jeunes délinquants se recrutent d'ordinaire dans des familles trop pauvres pour être touchées par l'action civile. Plus sérieuse serait la mise en œuvre de cette garantie, contre les parents plus fortunés, en cas de délits commis par imprudence (coups et blessures, par exemple) ou de délits volontaires de mineurs précocement pervers[23]. Le père ne serait même pas admis, pour faire excuser son défaut de surveillance, à soutenir que l'enfant a des vices tels que l'éducation ne saurait les corriger. Son devoir n'en serait, dans ce cas, que plus strict.

Le second cas de responsabilité, édictée par le Code civil, concerne celle des maîtres et commettants, à raison des faits de leurs domestiques et préposés dans l'exercice de leurs

[22] Il y a deux questions, dont la solution affirmative ne paraît pas faire doute. La responsabilité des parents doit être admise pour les délits de leurs enfants émancipés, exception faite du cas où l'émancipation résulte du mariage (Voy. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Des obligations*, 2e éd., t. 3, p. 1130 et la note; Demogue, *op. cit.*, p. 68). Elle est applicable non seulement aux père et mère d'un enfant légitime, mais encore à ceux d'un enfant naturel reconnu.

[23] Il est évident que si le père avait placé son enfant en condition, en apprentissage ou dans un établissement d'instruction comme interne, demi-pensionnaire ou même externe surveillé, la responsabilité passerait alors, du moins en principe, à la personne chez laquelle l'enfant avait été placé. Sur cette situation : Pau, 2 juill. 1898 (S. 99. 2. 137) et la note de M. Perreau.

Digitized by Google

fonctions[24]. Cette responsabilité est fondée, elle aussi, sur une présomption de faute; mais la faute consiste ici, pour le maître, non pas à avoir mal surveillé, mais à avoir mal choisi son préposé. D'où cette conséquence que le préposant n'est jamais admis à prouver qu'il ne pouvait empêcher le délit. Les difficultés qui s'élèvent sur ce cas de responsabilité civile consistent à déterminer quand existent et à quelles conditions les rapports de préposant à préposé, de maître à domestique, et dans quels cas le délit peut être considéré comme commis dans l'exercice des fonctions.

Les domestiques sont toutes les personnes attachées au service d'une autre, soit pour les soins intérieurs de la maison, soit pour ceux d'une exploitation agricole. Mais, lorsqu'il s'agit de définir les préposés deux opinions sont en présence : l'une, extensive, n'exigeant qu'une condition : le choix d'une personne par une autre; l'autre, restrictive, exigeant le droit pour le commettant de surveiller le préposé et de lui donner des ordres. C'est à ce caractère que la jurisprudence s'attache, et elle place, hors de la classe des préposés, ceux sur lesquels on n'a aucune direction, aucune surveillance à exercer. L'acte commis dans l'exercice des fonctions, ce n'est pas seulement l'acte qui constitue la fonction, mais celui qui est accompli parce que l'on exerce la fonction.

Au point de vue pratique, c'est la responsabilité civile des maîtres et commettants qui constitue la garantie la plus efficace et la plus sûre des victimes de délits[25]. D'une part, l'obligation de réparer est alors imposée à des personnes dont la condition même est rassurante au point de vue de la solvabilité. D'autre part, l'extension évolutive des rapports de préposant à préposé permet d'invoquer, de plus en plus souvent, la responsabilité civile des maîtres et commettants[26]. Mais l'application en sera

[24] Pour cette responsabilité : Demogue, *op. cit.*, p. 70 à 81; Cass., 16 avr. 1896 (S. 98. 1. 36); Paris, 5 août 1897 (S. 98. 2. 39); Cass., 21 juill. 1898 (S. 1900. 1. 56).

[25] Sur tous ces points : Demogue, *op. cit.*, p. 81.

[26] Voy. pour l'extension de cette disposition au concierge d'un immeuble par rapport au propriétaire : Cass. req., 22 juill. 1891 (D. 92. 1. 335).

Digitized by Google

presque toujours restreinte aux délinquants primaires, car il sera rare qu'un récidiviste soit choisi comme préposé. C'est surtout en cas de délits d'imprudence, et on sait quel est leur nombre et quelles sont leurs conséquences, que s'exerce cette garantie.

En dehors de la responsabilité des maîtres et commettants et de celle des parents, l'article 1384 du Code civil indique un troisième cas de responsabilité : « Les instituteurs et artisans sont responsables du dommage causé par leurs élèves et apprentis, pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance[27] ». Cette responsabilité est de même nature que celle des parents; elle est également fondée sur le devoir de surveillance qui incombe aux personnes ayant cette qualité. D'où deux conséquences corrélatives : 1° Elle cesse, lorsque les instituteurs et artisans prouvent qu'ils ont fait tout ce qui était humainement possible de leur part pour empêcher le délit[28]; 2° Elle forme le complément de celle des parents. A l'occasion des délits du mineur, la victime pourra poursuivre, ou ses maîtres ou ses parents, la responsabilité des uns cessant presque toujours quand commencera celle des autres, et réciproquement[29].

En dehors de l'article 1384, il existe des dispositions légales nombreuses édictant des cas de responsabilité civile dont l'examen ne rentre pas dans le cadre de cet ouvrage.

129. Les héritiers, soit des auteurs et des complices, soit des personnes civilement responsables, sont tenus, à ce titre, et proportionnellement à la part qu'ils recueillent dans la succession, des restitutions, dommages-intérêts et des frais. L'article 2 du Code d'instruction criminelle porte, en effet, que l'action civile peut être exercée contre le prévenu et con-

[27] La loi du 20 juillet 1899 a ajouté un nouvel alinéa à l'article 1384 : « Toutefois la responsabilité de l'État est substituée à celle des membres « de l'enseignement public ».

[28] Comp. Paris, 31 mai 1892 (D. 93. 2. 490).

[29] Comp. Pau, 2 juill. 1898, précité, et la note de M. Perreau; Trib. de Châteauroux, 24 mai 1898 (S. 99. 2. 147; D. 98. 2. 491).

Digitized by Google

tre « ses représentants ». L'article correspondant du Code du 3 brumaire an IV, l'article 7, contenait une antithèse entre l'action publique et l'action civile au point de vue de la transmissibilité, et c'est bien avec cette même opposition que le Code d'instruction criminelle, après avoir dit que « l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu », déclare que « l'action civile pour la réparation du dommage peut être exercée contre le prévenu et contre ses représentants ». Le mot « représentant » est ainsi synonyme d' « héritier »[30]. Nous examinerons, au double point de vue de la compétence et de la procédure, l'effet du décès de l'auteur du délit sur l'action civile.

130. Si le prévenu est un *incapable*, la partie civile est-elle obligée de mettre en cause son représentant ou son conseil? Quand il s'agit d'un procès civil ordinaire, la nature de l'action ne saurait modifier les règles générales de la procédure. La question se pose, au contraire, devant la juridiction pénale, soit que la partie lésée joigne son action à celle du ministère public, soit qu'elle agisse seule et mette ainsi l'action publique en mouvement. Une distinction entre la *femme mariée* et les autres incapables, tels que *mineurs*, *interdits*, *pourvus de conseil*, etc., nous paraît devoir être faite.

I. Par dérogation à l'article 215 du Code civil, qui interdit à la femme d'ester en justice sans autorisation, l'article 216 dit que cette autorisation « n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie *en matière criminelle ou de police* ». Cette dernière expression, écrite sous l'empire du Code du 3 brumaire an IV, est évidemment générale et comprend à la fois la police correctionnelle et la simple police. L'action contre laquelle la femme se défend sans autorisation n'est pas l'*action publique*, celle qui est exercée au nom de la société par le ministère public et qui tend à faire prononcer contre elle une condamnation répressive. Il est bien évident, en effet, que le cours de

[30] Sur l'origine de la règle qui rend transmissible l'action en dommages-intérêts naissant d'un délit : Pothier, *Traité des obligations*, n° 639.

Digitized by Google

la justice pénale ne peut être arrêté par le défaut d'autorisation de la femme contre laquelle les poursuites répressives sont dirigées. La loi n'avait donc pas besoin de dire que le ministère public serait dispensé, pour poursuivre une femme mariée, d'obtenir l'autorisation du mari ou de justice. Elle n'avait pas à s'expliquer sur l'indépendance de l'action publique à l'égard de la femme, pas plus qu'à l'égard des autres incapables. Il faut conclure de ces considérations que la loi a voulu parler de la poursuite *civile* de la femme mariée devant les tribunaux de répression[31]. 1° La solution n'est pas douteuse en cas d'intervention de la victime du délit dans une poursuite engagée par le ministère public contre une femme mariée. Celle-ci, en se défendant contre l'action publique, se défend contre l'action civile, et elle n'a pas plus besoin d'autorisation dans le premier cas qu'elle n'en a besoin dans le second. 2° Mais la partie lésée use du droit de citation directe : elle met en mouvement l'action publique. La solution traditionnelle, c'est qu'en pareil cas la femme n'a pas besoin d'autorisation pour se défendre[32]. Le texte de l'article 216 est général, et les principes du droit criminel ne permettraient pas de scinder le procès qui porte à la fois sur l'action publique et l'action civile[33]. 3° La femme, poursuivie devant les tribunaux de répression, oppose, comme moyen de défense, une *question préjudicielle* qui est de la compétence des tribunaux civils, par exemple elle excipe de sa propriété en matière de délit forestier (C. forest., art. 182). Certaines décisions de jurisprudence[34] admettent qu'elle aurait besoin, dans ce cas,

[31] Le texte est absolument inutile si on ne lui donne pas cette portée, Voy. Trib. civil d'Albi, 12 nov. 1898 (*Pand. fr.*, 99. 2. 225); Trib. corr. de Mirecourt, 13 juill. 1904 (D. 1904. 2. 440) et la note.

[32] Voy. Pothier, *Puissance du mari*, n° 65. Cass. crim., 31 mai 1816.

[33] Voy. en sens contraire : Aubry et Rau, *op. cit.*, § 472, n° 1, p. 140, note 14; Huc, *Commentaire du Code civil*, t. II, n° 244. Mais, dans ce sens : Demolombe, *op. cit.*, t. IV, n° 43. La jurisprudence est conforme à notre opinion : Cass., 31 mai 1826 (S. 26. 1. 271); Tribunal de Rouen, 22 août 1882 (*France jud.*, 1883, t. 2, p. 212); Alger, 15 mars 1902 (*Journ. des Parq.*, 1902. 2. 122).

[34] Cass., 20 mai 1846 (D. 46. 1. 205).

Digitized by Google

d'être autorisée, pour plaider sur cette question au civil. Mais la raison qui lui permet de se défendre par tous les moyens, alors que sa responsabilité pénale est en jeu, implique, pour elle, la faculté d'opposer une question préjudicielle sans autorisation.

II. Les considérations mêmes qui ont fait écarter l'assistance du mari pour la femme impliquée dans un procès répressif, doivent imposer une solution identique pour les autres incapables. Le mineur, l'interdit, le prodigue pourvu de conseil ne sont pas des incapables au regard de la loi pénale; ils sont responsables de leurs actes. C'est pourquoi la femme mariée, soumise, d'une manière générale, à la puissance maritale, est soustraite à cette puissance en matière pénale; c'est pourquoi le mineur ou l'interdit, représenté en général par son tuteur dans les actes de la vie civile, est personnellement poursuivi et se défend lui-même dans le procès pénal. Or, devant les tribunaux de répression, l'action publique est nécessairement mise en jeu par l'action civile, celle-ci n'étant que l'accessoire de celle-là. Pour que le droit d'accusation et le droit de défense restent intacts, il faut qu'aucune entrave ne soit apportée à l'exercice des actions publique et civile, que l'une et l'autre soient soumises aux mêmes règles[35].

[35] La jurisprudence paraît fixée dans ce sens. Nous citerons particulièrement deux arrêts. Le premier est un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 22 février 1896 (S. 98. 1. 377). Il s'agissait d'un prodigue, poursuivi pour abus de confiance : non seulement le conseil n'avait pas été mis en cause, mais son intervention volontaire en vue de la défense exclusive des intérêts civils du prodigue fut déclarée non recevable. Voy. sous cet arrêt, la note de M. Roux. Le second est un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 27 avril 1899 (S. 1900. 1. 535). Il s'agissait d'un mineur. Le moyen de cassation consistait dans la violation de l'article 450 du Code civil, le tuteur n'ayant pas été mis en cause par la partie civile. Il a été rejeté par le motif suivant : « Attendu qu'il ré-
« sulte de l'ensemble des dispositions du Code d'instruction criminelle que
« la loi ne fait aucune distinction, soit quant aux formes de la poursuite,
« soit quant aux pouvoirs des juges, entre l'accusé ou prévenu majeur et
« l'accusé ou prévenu mineur; qu'aucune disposition de ce Code n'impose
« au ministère public, dans l'exercice de l'action publique, ou à la partie

Digitized by Google

III. Il est à remarquer, du reste, que si la femme mariée ou tout autre incapable était cité devant un tribunal de répression, non plus comme prévenu, mais comme civilement responsable, les règles de la procédure civile devraient être suivies au point de vue de l'autorisation, de la représentation ou de l'assistance[36]. Il ne s'agit pas, en effet, de la poursuite pénale. La question soulevée par la demande met exclusivement en jeu des intérêts civils qui doivent être sauvegardés devant les tribunaux de répression comme ils le sont devant les tribunaux civils.

« civile, dans l'exercice de l'action civile, suivie devant les tribunaux de « répression accessoirement à la première, l'obligation d'appeler en cause le « représentant du mineur; que cet accusé ou ce prévenu trouve des garan- « ties suffisantes dans les formes que le Code d'instruction criminelle a éta- « blies dans l'intérêt de la défense ». La doctrine qui paraît aujourd'hui ralliée à la solution de la jurisprudence en ce qui concerne la femme mariée, est, au contraire hésitante, en ce qui concerne les mineurs et les prodigues. Voy. Tissier, *Rev. crit.*, 1898, p. 416.

[36] Cette solution est incontestable.

Digitized by Google

CHAPITRE III

DE L'INTERVENTION EN MATIÈRE PÉNALE.

§ XXI. — COMPARAISON ENTRE L'INTERVENTION EN MATIÈRE PÉNALE ET L'INTERVENTION EN MATIÈRE CIVILE.

131. L'intervention en matière civile est admise dans toute instance et elle est subordonnée à la seule justification d'un intérêt légitime. Il n'en est pas de même en matière pénale. Motifs de cette différence. — **132.** Division.

131. Dans l'instance engagée entre le ministère public et le prévenu, ces deux parties principales et nécessaires du procès pénal, un tiers peut-il intervenir? On sait que l'intervention est l'action de se placer volontairement ou d'être placé forcément, dans un procès auquel on était d'abord étranger, à l'effet d'y défendre ses intérêts ou ceux d'une des parties en cause dans l'instance. Cette procédure se présente donc, soit sous forme d'*intervention* proprement dite, soit sous forme d'*appel en cause*.

L'intervention est organisée en matière civile (C. pr. civ., art. 339 à 341) et trouve, dans l'*intérêt* seul, son fondement et ses limites. En vertu du principe que toute personne qui a un intérêt légitime, a une action pour le faire valoir, la jurisprudence civile décide : « 1° qu'il ne faut pas, pour inter« venir, d'autres conditions que pour intenter l'action prin« cipale : l'intérêt, la qualité, la capacité d'ester en justice; « 2° qu'il ne s'agit pas ici d'un intérêt né et actuel, mais « d'un intérêt simplement éventuel, et que la seule crainte du « préjugé qui pourrait résulter de la demande principale est « un motif suffisant pour intervenir; 3° que l'intérêt moral « a la même valeur, en pareil cas, que l'intérêt pécuniaire »[1]. Ainsi, la recevabilité d'une intervention est admise, en ma-

§ XXI. [1] Garsonnet, *op. cit.*, t. 3, § 932, p. 213.

Digitized by Google

tière civile, dans toute instance, et elle est subordonnée à la seule justification d'un intérêt légitime.

En est-il ainsi en matière pénale? Et l'intervention, soit d'un nouveau demandeur, à côté du ministère public, soit d'un nouveau défendeur, à côté du prévenu, est-elle possible devant les tribunaux de répression?

Il faut remarquer, tout d'abord, que l'expression même d' « intervention », d' « intervenir » paraît étrangère à la langue du droit pénal. Mais si le mot ne se rencontre pas dans le Code d'instruction criminelle, la chose s'y trouve, puisque tout plaignant peut, aux termes de l'article 67, « se porter partie civile en tout état de cause jusqu'à la clôture des débats ». Seulement, le fondement et la limite de l'intervention dans le procès pénal ne sont pas les mêmes que dans le procès civil[2]. D'une part, les tribunaux de répression n'ont été constitués que pour connaître de la culpabilité des prévenus et pour leur appliquer la peine encourue. Et, dans ces limites, le seul représentant de l'intérêt général, qui confond et concentre tous les intérêts particuliers, sauf celui de la partie civile, c'est le ministère public. Il est vrai qu'accessoirement au procès pénal, les intérêts civils de la partie lésée sont soumis aux tribunaux de répression; mais ces tribunaux n'ont, à cet égard, qu'une compétence exceptionnelle. D'autre part, le seul débat qui puisse s'engager devant eux, a pour objet le délit ou le crime imputé au prévenu ou à l'accusé, dans les limites de l'action publique et de l'action civile. Il suit de là que l'intervention d'un tiers dans un procès pénal, doit, en règle générale, être rejetée comme non recevable, alors même qu'elle s'appuierait sur l'intérêt le plus légitime et le plus certain. A ce principe, il n'y a et ne peut y avoir d'autres exceptions ou plutôt d'autres restrictions que celles qui dérivent, soit expressément de textes formels, soit implicitement, au profit de la partie lésée ou des

[2] Voy. sur l'intervention : Vallier-Colombier, *Étude sur le droit d'intervention des tiers en matière criminelle* (*La France judiciaire*, t. 1, p. 510); Laborde, *Cours de droit criminel*, 2e éd., nos 673 à 676.

Digitized by Google

personnes civilement responsables, des règles mêmes de l'action civile[3].

132. L'application de cette situation, toute spéciale à la procédure criminelle, doit être recherchée dans trois ordres d'hypothèses : en cas d'intervention formée contre le prévenu; d'intervention formée en sa faveur; d'intervention formée dans l'intérêt de l'intervenant.

§ XXII. — DE L'INTERVENTION FORMÉE CONTRE LE PRÉVENU.

133. La partie civile seule peut intervenir contre le prévenu ou l'accusé. — 134. Mais cette règle admet une réserve au profit des personnes qui sont subrogées, en totalité ou en partie, à l'action civile, par l'effet de la convention, ou par l'effet de la loi.

133. Deux choses sont certaines : 1° La victime de l'infraction peut, en tout état de cause, et jusqu'à la clôture des débats (C. instr. cr., art. 67), joindre son action à celle du ministère public. Cette *constitution de partie civile* a bien le caractère d'une *intervention*, et d'une intervention *volontaire*, car le ministère public n'aurait pas intérêt et le prévenu serait sans droit pour appeler la partie civile en cause. Le ministère public, n'aurait pas intérêt : en effet, dans un système qui sépare l'*indemnité* de la *peine*, les parties lésées ont seules qualité pour demander une réparation. Le prévenu serait sans droit : en effet, l'option, ouverte par la loi entre la juridiction civile et la juridiction répressive pour exercer l'action civile, n'appartient qu'à la partie lésée et ne saurait lui être enlevée par le prévenu. Quant aux conditions et aux formes de la constitution de partie civile, nous nous en occupons plus loin. 2° D'un autre côté, aucune intervention, autre que celle de la partie civile, n'est recevable *contre le prévenu*. Sur quel motif la baserait-on? Sur un intérêt particulier?

[3] Sur la règle jurisprudentielle : Paris, 2 févr. 1897 (S. 97. 1. 506), et, sur pourvoi, Cass., 24 juill. 1897 (S. 98. 1. 552). Cons. le rapport de M. le conseiller Accarias, précédant cet arrêt, dans *Rev. crit.*, 1897, t. 26, p. 504 à 528.

Digitized by Google

mais alors que l'intervenant se porte partie civile. Sur un intérêt général? mais le ministère public est le seul gardien de cet intérêt qui se confond avec l'intérêt social. En 1863, un individu, antérieurement condamné pour assassinat, demanda à intervenir dans une poursuite dirigée contre un autre individu accusé d'avoir commis le crime conjointement avec lui. Son intérêt bien manifeste était de faire décider que l'accusé était seul coupable, afin de s'assurer le succès dans un pourvoi ultérieur en revision. La cour d'assises de Seine-et-Marne n'ayant pas admis son intervention, il se pourvut en cassation, et son pourvoi fut rejeté. La Cour de cassation fait remarquer que cet individu aura, s'il y a lieu, la ressource du pourvoi en revision conformément à l'article 443 du Code d'instruction criminelle, mais qu'on ne saurait admettre une intervention tendant à modifier l'accusation contre celui qui est poursuivi en cour d'assises[1].

134. S'il est vrai de dire qu'aucune intervention, autre que celle de la partie lésée, n'est recevable contre le prévenu, c'est que la partie lésée représente, à elle seule, l'un des groupes d'intérêts que l'on peut faire valoir devant les tribunaux de répression, celui de la réparation du préjudice causé par le délit. Mais lorsque la personne qui demande à intervenir invoque une *subrogation totale* ou *partielle*, *légale* ou *conventionnelle*, aux droits de la partie lésée, vérification faite de son titre, il y a lieu de lui donner accès au procès. Son intérêt se confond alors avec l'intérêt de la partie lésée; et, c'est la partie lésée, en quelque sorte représentée ou dédoublée, qui figure réellement dans l'instance à côté du ministère public. Il n'y a pas là une exception à la règle d'après laquelle, en matière criminelle, l'intervention est autorisée contre le prévenu en faveur de la seule partie civile, mais plutôt une explication et une dérivation de cette règle. Deux exemples nous permettront d'éclairer cette situation.

Un individu, dont l'imprudence a causé un incendie, est

§ XXII. [1] Cass., 18 juin 1863 (*B. cr.*, n° 166).

Digitized by Google

traduit, devant le tribunal correctionnel, à la requête du procureur de la République (C. p., art. 458). Une compagnie d'assurances, qui a payé, à ses assurés, victimes du délit, la somme représentant le dommage qu'ils ont éprouvé, peut-elle intervenir pour demander que le prévenu soit condamné à lui rembourser les sommes qu'elle a ainsi payées?

L'ouvrier, victime d'un accident du travail causé par un tiers, intente, contre ce tiers, une action en dommages-intérêts devant le tribunal correctionnel pour coups et blessures par imprudence (C. p., art. 320)[2]. Le patron, qui a payé, à cet ouvrier, l'indemnité forfaitaire, due à raison de cet accident, en vertu de la loi du 9 avril 1898, sur les accidents du travail, et qui est subrogé, jusqu'à due concurrence, aux droits de l'ouvrier contre le tiers responsable (L. 9 avr. 1898, art. 7), doit-il être reçu dans son intervention?

Dans ces deux cas, la compagnie d'assurances et le patron, le premier, en vertu d'un contrat passé avec la victime, le second, en vertu d'une disposition légale, se sont trouvés dans l'obligation de restituer la victime contre les conséquences dommageables du délit : ils en sont, en quelque sorte, responsables, mais avec subrogation à ses droits contre le tiers dont ils sont garants. Sans doute, celui qui est responsable, en vertu du contrat ou en vertu de la loi, des conséquences dommageables d'un délit, sans avoir lui-même commis de faute personnelle, ou sans avoir souffert directement du fait, n'est, à vrai dire, ni partie lésée ni partie civilement responsable, et ne peut invoquer, en sa personne, soit l'une, soit l'autre de ces deux qualités pour intervenir. Mais celui-là est, en quelque sorte,

[2] L'article 7 de la loi du 9 avril 1898, modifié par la loi du 22 mars 1902, est ainsi conçu : « Indépendamment de l'action de la présente loi, la victime « ou ses représentants conservent contre les auteurs de l'accident, autres « que le patron, ou ses ouvriers ou préposés, le droit de réclamer la répa- « ration du préjudice causé, conformément aux règles du droit commun. « L'indemnité qui leur sera allouée exonérera à due concurrence le chef de « l'entreprise des obligations mises à sa charge. Cette action contre les « tiers responsables pourra même être exercée par le chef d'entreprise, à ses « risques et périls, aux lieu et place de la victime ou de ses ayants droit, si « ceux-ci négligent d'en faire usage ».

Digitized by Google

cessionnaire de la partie lésée, *subrogé* à ses droits, et ce qu'il invoque, ce n'est pas un titre qui lui soit propre, mais le titre même de la partie lésée à laquelle il est substitué[3].

A ce point de vue, une comparaison s'impose. Le droit du subrogé, compagnie d'assurances ou patron, est identique à celui d'un cessionnaire de l'indemnité due à la partie lésée. Or, nous admettons, non seulement que l'action civile est cessible[4], mais que cette cessibilité confère, au cessionnaire, tous les droits de la partie lésée, c'est-à-dire, le droit d'*intervenir* dans le procès engagé par le ministère public et le droit d'*agir* par voie de citation directe[5].

Mais si une subrogation, légale ou conventionnelle, dans les droits de la partie lésée, est un titre suffisant, c'est, en même temps, un titre nécessaire. L'intérêt légitime de la victime du délit à obtenir une réparation est le seul motif qui puisse permettre à un tiers de faire campagne avec le ministère public pour requérir une condamnation contre le prévenu ou l'accusé. C'est dans les limites de l'action civile qu'une intervention de ce genre peut se produire.

[3] Le droit d'intervention, dans ces deux cas, a été reconnu par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Pour la compagnie d'assurances : Crim. rej., 23 juin 1859 (*B crim.*, n° 142, p. 258). L'intervention du patron avait été déclarée irrecevable par un arrêt de la chambre correctionnelle de la Cour de Paris du 21 janvier 1903. Cet arrêt a été cassé, par la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 13 février 1904 (D. 1904. 1. 533). « Attendu que si, devant les tribunaux de répression, le droit d'intervention « ne peut être exercé que sous certaines conditions, ce droit résulte pour « le chef d'entreprise des dispositions susvisées », c'est-à-dire de l'article 7, § 3 de la loi du 22 mars 1902. Voy. la note sous cet arrêt.

[4] Dans un arrêt du 25 février 1897 (S. 98. 1. 201), la chambre criminelle de la Cour de cassation, sans contester la cessibilité de l'action civile, a décidé que le cessionnaire ne pouvait se porter partie civile devant la juridiction répressive. Mais cette décision nous paraît critiquable. Elle est, du reste, en contradiction avec les deux arrêts précités du 23 juin 1859 et du 13 février 1904.

[5] Le droit d'agir, comme partie lésée, par voie de citation directe ou par voie de constitution de partie civile devant le juge d'instruction, implique, il est vrai, le droit de mettre en mouvement l'action publique. Mais ce droit est corrélatif à celui d'intervention. En d'autres termes, celui qui peut intervenir, peut également agir comme partie lésée.

Digitized by Google

§ XXIII. — DE L'INTERVENTION VOLONTAIRE OU FORCÉE EN FAVEUR DU PRÉVENU OU DANS L'INTÉRÊT DU TIERS.

135. Questions à examiner. — 136. Recevabilité de l'intervention volontaire des personnes civilement responsables. — 137. En dehors de l'intervention des personnes civilement responsables, toute autre intervention serait irrecevable. Intervention d'un parent, d'un ami, d'une administration voulant défendre son parent, son ami, son employé. Tiers ayant commis un délit analogue. Prétendu coauteur ou complice. Tuteur. Conseil judiciaire. Association philanthropique. — 138. Comment se forme l'intervention. — 139. Mise en cause ordonnée par une juridiction répressive. — 140. De l'appel en cause par les parties. — 141. Des demandes reconventionnelles devant les juridictions répressives. — 142. Exclusion de l'intervention des associations formées en vue de la poursuite de certains délits.

135. Nous devons examiner : 1° si un tiers peut volontairement intervenir pour se placer à côté du prévenu et le défendre; 2° si un tiers peut être appelé ou mis en cause, soit par le tribunal, soit par les parties; 3° si quelqu'une des parties au procès peut prendre des conclusions contre d'autres parties.

136. L'intervention *volontaire* d'une personne *civilement responsable* dans une poursuite paraît être recevable, lorsqu'elle a lieu dans le but de prendre fait et cause pour le prévenu et de se garantir ainsi des suites de la condamnation qui pourrait l'atteindre par répercussion. A la vérité, ce droit d'intervention n'est formellement prévu et réglé par aucun texte du Code d'instruction criminelle, mais aucun non plus ne l'exclut, et cela suffit pour l'admettre[1]. En effet, la personne qui vient prendre fait et cause pour le prévenu se déclare, par là même, responsable de l'infraction, en admettant, du moins (ce qu'elle entend précisément discuter) que l'infraction ait été commise et que le prévenu en soit l'auteur. Elle ne fait donc que réunir, en intervenant dans l'instance, les différents éléments du procès qu'il est de l'intérêt d'une bonne justice de ne pas scinder. Le tribunal de

§ XXIII.[1] La formule de la Cour de cassation paraît être de n'admettre en matière criminelle le droit d'action et le droit d'intervention que s'ils sont fondés sur un texte formel. Mais elle reconnaît le droit d'intervention de la personne responsable en le fondant sur l'article 182. Cass., 24 juill. 1898, précité.

Digitized by Google

répression est certainement compétent pour statuer sur la question qui lui est soumise, puisqu'il s'agit de juger l'*action civile*, recevable, devant les tribunaux de répression, non seulement contre les auteurs et les complices, mais encore contre les personnes civilement responsables.

C'est, en réalité, dans l'article 182 du Code d'instruction criminelle qu'on trouve, tout à la fois, la preuve et la justification du droit d'intervention des personnes civilement responsables. Aux termes de cet article, la partie civile peut les citer directement, avec le prévenu, devant le tribunal correctionnel. Il faut, dès lors, les autoriser à intervenir, c'est-à-dire à faire spontanément ce qui pourrait leur être imposé. « Attendu, lisons-nous, dans un arrêt de la Cour de cas-« sation du 10 mai 1845[2], qu'il résulte des articles 182, 190 « et 194 du Code d'instruction criminelle que la personne « civilement responsable du prévenu peut être légalement « appelée devant le tribunal correctionnel pour prendre « part aux débats et supporter la condamnation pécuniaire « conjointement avec le prévenu principal; attendu que, dès « lors, la personne civilement responsable peut intervenir « volontairement dans l'instance où elle pourrait être appelée « malgré elle ».

Mais nulle autre intervention ne saurait être admise. Certains arrêts de jurisprudence ont paru croire cependant que, dans le cas où le prévenu prétend avoir commis le délit qui lui est reproché sur l'ordre ou l'autorisation d'un tiers dont il n'a fait qu'exercer le droit, il y aurait place, dans le procès pénal, pour l'intervention de ce tiers[3]. Un chasseur, par exemple, trouvé en action de chasse sur le terrain d'autrui, est poursuivi à la requête du prétendu propriétaire ; celui qui lui a donné la permission de chasser, pourrait intervenir, pour

[2] *Bull. crim.*, n° 170. Comp. dans le même sens : Cass., 7 janv. 1853 (*Bull. crim.*, n° 7); 23 juin 1859 (*Bull. crim.*, n° 149); 12 janv. 1866 (*Bull. crim.*, n° 15); 17 mars 1874 (*Bull. crim.*, n° 77). La jurisprudence, sur ce point, est définitivement fixée.

[3] Voy. Cass., 1er sept. 1832 (D. A., v° *Procédure criminelle*, n° 176-1°). Comp. Faustin Hélie, t. 6, n° 2647; Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 217.

Digitized by Google

faire repousser l'action, en invoquant sa qualité d'ayant droit à la chasse. Mais cette procédure nous paraît à la fois impossible et inutile. Sans doute, le prévenu qui soulève une question préalable ou préjudicielle doit la fonder sur un droit personnel et ne peut exciper ni du droit d'autrui, ni de l'absence de droit en la personne du plaignant. En résulte-t-il qu'il ait intérêt à mettre en cause celui dont il invoque le droit? ou que ce dernier ait intérêt à intervenir pour le défendre? Nullement. De deux choses l'une, en effet : — Ou bien la poursuite est exercée à la requête du ministère public? et, dans ce cas, le prévenu ne pourrait exciper de ce que le véritable propriétaire ne se plaint pas ou de ce que le plaignant n'est pas le véritable propriétaire, puisque l'action publique ne dépend, en aucune manière, quant à son exercice, de la plainte du propriétaire ; — Ou bien la poursuite a lieu à la requête d'une partie civile, comme dans l'espèce précitée : et le prévenu pourra repousser l'action dirigée contre lui en excipant du défaut de qualité du plaignant, puisque l'article 1er du Code d'instruction criminelle n'accorde l'action civile en réparation du préjudice causé par une infraction qu'à la partie victime d'un dommage et qu'aucune réparation ne peut être due à la personne n'ayant aucun droit sur l'immeuble objet de l'infraction. Cette exception que le prévenu a le droit de soulever n'a aucun caractère préjudiciel ; elle constitue une fin de non-recevoir, tirée de l'absence de qualité de celui qui réclame des réparations civiles, et sur laquelle le tribunal de répression est compétent pour se prononcer.

137. En dehors de l'intervention de la personne civilement responsable, toute autre intervention serait donc irrecevable.

I. Par exemple, on ne comprendrait pas l'intervention d'un ami, d'un parent, qui, pour défendre le prévenu, demanderait à être partie au procès. D'une part, en effet, l'intervention, sous quelque forme qu'elle se produise, a pour effet direct de saisir la juridiction répressive d'une prétention, d'une demande, sur laquelle cette juridiction a, le cas échéant, qualité pour statuer. Or, le droit de saisir la juridiction répressive a

Digitized by Google

été limité aux deux actions, publique et civile, et ne peut être exercé, que par certaines personnes et contre certaines personnes, le ministère public, la partie civile, le prévenu et les personnes civilement responsables. En dehors de ces catégories d'intéressés, nulle autre n'a qualité pour figurer au procès. D'un autre côté, l'intervention de ce parent, de cet ami est inutile, car les moyens, que l'intervenant prétend fournir en faveur du prévenu, seront présentés[4], soit par l'avocat, soit par l'intervenant lui-même, s'il se fait appeler comme témoin à décharge, ou s'il se fait autoriser par le président à défendre son protégé. Soit donc pour défaut de qualité, soit pour défaut d'intérêt, il y aurait lieu de repousser l'intervention.

II. Des considérations différentes devraient faire écarter l'intervention d'un tiers qui, ayant commis un délit analogue à celui qui est poursuivi, prétendrait obtenir le renvoi d'instance du prévenu et éviter ainsi une condamnation de nature à créer contre lui un préjugé défavorable. Ainsi, le parquet poursuit un fabricant de cacao pour falsification de denrées alimentaires : un autre fabricant d'un produit identique, personnellement intéressé à l'issue des poursuites, intervient pour défendre le prévenu. Qu'il y ait intérêt, ce n'est pas contestable. Mais l'intérêt n'est pas, en matière répressive, la seule condition de l'intervention. Or, bien qu'intéressé à la poursuite, ce fabricant ne peut y figurer puisqu'il n'a pris aucune part au fait incriminé[5].

III. On ne saurait admettre, non plus, l'intervention d'un coauteur ou complice qui voudrait forcer la main au ministère

[4] En 1857, un préposé des douanes était poursuivi pour délit de chasse. Son administration, qui n'était pas civilement responsable, voulut néanmoins intervenir, et cela en vue de revendiquer pour lui le bénéfice de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. Cette intervention fut repoussée, et, sur pourvoi, la Cour de cassation décida « que le déclinatoire proposé par l'adminis-« tration n'avait pour elle qu'un intérêt moral qui ne pouvait servir de base à « une intervention devant la juridiction répressive ». Cass., 16 avr. 1858 (*Bull. crim.*, n° 153). Comp. Cass., 18 févr. 1905 (deux arrêts) (D. 1905. 1. 257).

[5] La Cour de Lyon a écarté, comme irrecevable, l'intervention d'un syndicat d'herboristes qui voulait défendre un de ses membres, poursuivi pour exercice illégal de la pharmacie : Lyon, 15 mars 1888 (D. 89. 2. 259).

Digitized by Google

public et prétendrait obliger le tribunal à le juger aux lieu et place du prévenu ou en même temps que lui. L'action publique ne peut être exercée que par le ministère public : lui seul peut saisir le juge, dans l'intérêt général de la répression ; un prévenu est donc sans qualité pour demander à être jugé, quand le ministère public ne le poursuit pas[6]. Le *me me adsum qui feci* n'est pas admissible, devant les tribunaux de répression, de la part d'un individu qui n'est pas inculpé.

IV. Les personnes qui représentent ou assistent, au point de vue des actes de la vie civile, un incapable, poursuivi devant les tribunaux de répression, soit à la requête du ministère public, soit même à celle de la partie civile, n'auraient pas non plus qualité pour se présenter aux lieu et place de l'incapable ou à côté de l'incapable[7]. Les deux actions, civile et pénale, étant portées en même temps et devant les mêmes juges, la défense à ces deux actions est soumise aux mêmes règles. Or, d'un côté, le prévenu ou l'accusé ne peut se faire représenter que dans certains cas exceptionnels, et, d'un autre côté, il ne peut le faire que par un mandataire muni d'une procuration spéciale.

V. Une association philanthropique, telle qu'une société de patronage, serait également sans qualité pour intervenir dans une poursuite intéressant un mineur de seize ans, auteur ou victime d'un délit, en vue de soutenir les intérêts de l'enfant en ce qui concerne le maintien ou le rejet du droit de garde. Elle y aurait intérêt sans doute. Mais la loi du 19 avril 1898, dont les articles 5 et 7 autorisent le juge d'instruction et le tribunal à confier la garde de l'enfant à des institutions charitables, n'a pas ouvert, au profit de ces institutions, un droit spécial d'accès devant les tribunaux[8].

[6] Ainsi, un imprimeur est prévenu de diffamation. L'auteur du livre intervient pour prendre le délit à son compte. La Cour de Paris a jugé que cette intervention n'était pas recevable : Paris, 14 janv. 1895 (*Gaz. Pal.*, n° du 28 mars 1895).

[7] En ce qui concerne le conseil judiciaire du prodigue : Cass., 22 févr. 1896 (S. 98. 2. 377) et la note de M. Roux.

[8] C'est ce qu'ont décidé deux jugements du Tribunal correctionnel de la

Digitized by Google

138. L'intervention se forme, comme la constitution de partie civile, par une déclaration qui n'est assujettie à aucune condition spéciale. Des conclusions prises par l'intervenant suffisent donc : elles saisissent le tribunal. L'article 66 du Code d'instruction criminelle, qualifie cette déclaration, en ce qui concerne la partie civile, d'*acte subséquent :* « Les plaignants ne seront réputés partie civile, s'ils ne le déclarent formellement, soit par la plainte, soit par acte subséquent, ou s'ils ne prennent, par l'un ou par l'autre, des conclusions en dommages-intérêts ». L'article 66 suppose, en effet, que la victime du délit a commencé par déposer une plainte, avant de se rendre partie au procès : mais la plainte n'est, en aucun cas, le préliminaire obligé de l'intervention, même pour une partie civile.

Par sa déclaration, l'intervenant devient *partie* au procès, en sorte qu'il peut être condamné à une *peine*, soit comme auteur, soit comme complice, si le ministère public la requiert, et à des *dommages-intérêts* envers la partie civile, si celle-ci y conclut. D'une part, en effet, la déclaration d'intervention équivaut à une comparution volontaire, et il est admis, par une jurisprudence constante, que l'article 147 du Code d'instruction criminelle, qui prévoit ce mode de saisir le tribunal de police, est applicable au tribunal correctionnel[9]. Mais, d'autre part, si le tribunal peut statuer vis-à-vis de l'intervenant, il ne le peut que dans la mesure des conclusions prises par les parties. Il ne saurait dépendre de l'intervenant de se faire poursuivre et condamner, et si le ministère public n'accepte pas l'intervention et ne requiert pas une peine, l'intervenant ne peut être frappé. Il ne saurait également dé-

Seine, l'un du 30 mai 1903 (*Rev. pénit.*, 1903, p. 883), l'autre du 14 déc. 1903 (*Gaz. des Trib.*, 28 déc. 1903). Les décisions s'appuient principalement sur ce motif que, devant les tribunaux répressifs, le droit d'intervention comme le droit d'action ne peut être fondé que sur un texte formel. Or, les articles 4 et 5 de la loi du 17 avr. 1898 ne donnent pas formellement ce droit aux sociétés de patronage. Voy. pour la critique, *Rev. pénit.*, 1905, p. 242.

[9] Mais on sait que la cour d'assises ne peut être saisie que par le renvoi de la chambre des mises en accusation.

Digitized by Google

pendre de lui de se faire condamner à des dommages-intérêts, et le tribunal n'alloue une indemnité que si elle est requise (C. p., art. 51). Tous ces points sont certains : ils résultent de l'application même des principes de la saisine.

139. Une juridiction répressive peut-elle ordonner une mise en cause et étendre ainsi le procès dont elle est saisie à des personnes qui n'y étaient pas comprises? La question n'est pas susceptible d'une réponse absolue : il y a lieu, en effet, de distinguer entre deux ordres de juridictions.

I. Le juge d'instruction et la chambre des mises en accusation ont le droit d'étendre la poursuite à tous les individus soupçonnés d'avoir participé, comme auteurs ou comme complices, à l'infraction dont ils sont saisis. L'information a lieu *in rem*, à propos d'un délit, et non *in personam* contre tel inculpé : les individus contre lesquels l'instruction était tout d'abord dirigée, peuvent être l'objet d'un non-lieu, tandis que d'autres, qui n'avaient pas été d'abord soupçonnés, peuvent être impliqués dans la poursuite (C. instr. cr., art. 8 et 47). Cette extension de l'information à d'autres que les inculpés désignés dans le réquisitoire est une *mise en cause d'office*.

II. Les juridictions de jugement n'ont pas le même droit : elles ne peuvent statuer sur l'action publique que vis-à-vis des individus qui leur sont déférés par le ministère public ou les parties civiles. Par rapport à ces juridictions, la saisine a lieu *in personam* et non *in rem* (C. instr. cr., art. 8, 145, 182, 271, 361, 379). Cette différence tient à la différence de fonctions entre les juridictions d'instruction et celles de jugement : les premières étant chargées de rechercher les délits, sans acception de personnes, et devant, par suite, impliquer, dans la procédure, toutes celles qui ont participé au délit; les secondes, ayant à statuer sur la *culpabilité* des individus qui leur sont déférés.

140. L'appel en cause peut-il émaner des parties? Qu'il puisse être fait par le ministère public ou la partie civile, soit contre un nouveau prévenu, soit contre les personnes civile-

Digitized by Google

ment responsables, c'est ce qui n'est pas douteux. Rien ne s'oppose, en effet, à ce que les demandeurs au procès étendent la poursuite à des tiers qui n'ont pas été tout d'abord cités, à la condition, bien entendu, de recourir, pour le faire, dans les conditions et les délais ordinaires, aux actes de procédure susceptibles de saisir la juridiction contre les nouveaux défendeurs. La citation aux délais de la loi est, en général, nécessaire et suffisante. Mais, devant la cour d'assises, ce moyen n'est possible, vis-à-vis d'un accusé, que pour les *délits de presse;* en toute autre matière, il faut un arrêt de renvoi rendu par la chambre d'accusation. La mise en cause ne pourra donc avoir lieu, dans ce cas, qu'en suivant la filière ordinaire de l'instruction préparatoire à deux degrés. Et après renvoi devant la cour d'assises, il appartiendra au procureur général de requérir de la cour d'assises la jonction des actes d'accusation, conformément à l'article 307 du Code d'instruction criminelle. Même devant la cour d'assises, du reste, l'appel en cause des personnes civilement responsables aura lieu par voie de citation.

Mais un appel en cause ne saurait émaner du prévenu. Le but qu'il poursuivrait par cette procédure, serait, en effet, ou inutile, ou irréalisable, ou illicite.

a) Le prévenu prétendrait-il appeler un tiers au procès pour se faire défendre? mais il lui suffit de l'appeler comme témoin. Nous avons déjà écarté l'exception unique qu'on prétend apporter à cette règle, même dans le cas où une question préjudicielle de propriété ou de possession ne pourrait être soulevée que par un tiers. En dehors de ce cas, l'irrecevabilité de la mise en cause n'a jamais été douteuse.

b) Le prévenu aurait-il qualité pour appeler au procès un autre prévenu et demander que celui-ci subisse la condamnation, soit en ses lieu et place, soit en même temps que lui? Nullement[10] : car ce serait exercer l'action publique et usurper des fonctions qui ne lui appartiennent pas[11]. Ce qui

[10] *Sic*, Faustin Hélie, t. 6, n° 2648; Hoffman, *Questions préjudicielles*, t. 2, n° 670.

[11] Il a été spécialement jugé que le prévenu de vente ou de mise en vente

Digitized by Google

importe, c'est de donner au prévenu toute liberté pour se défendre : et il lui suffit, pour le faire, de démontrer qu'il n'est pas personnellement coupable.

c) Enfin, le prévenu pourrait avoir l'idée de se faire indemniser, par un tiers, des condamnations qui le menacent. L'action en garantie est-elle possible et recevable devant les tribunaux répressifs? Un premier obstacle s'y oppose : c'est la compétence restreinte et exceptionnelle de ces tribunaux. Institués pour juger le procès pénal, ils ne peuvent connaître, accessoirement à ce procès, que de l'action en dommages-intérêts résultant de l'infraction et ayant sa cause juridique dans l'infraction. Admettrait-on, au profit du prévenu, un recours en garantie, que ce recours devrait s'exercer devant les tribunaux ordinaires et non devant les tribunaux de répression[12]. Mais, au fond, la prétention du prévenu de s'exonérer, par un recours en garantie, des suites de l'infraction dont il est coupable, serait contraire à l'ordre public. En matière pénale, la garantie n'est pas due et, eût-elle été promise, que la convention intervenue entre les parties serait entachée de nullité comme contraire à l'ordre public[13]. « En crimes, il n'y a

d'une substance ou boisson falsifiée ou nuisible à la santé ne pourrait mettre en cause les personnes dont il prétendrait tenir cette substance ou cette boisson. Cass., 9 déc. 1843 (D. A., v° *Procédure criminelle*, n° 35); 24 févr. 1854 (D. 54. 1. 103). Jugé de même, en matière de contributions indirectes, que le prévenu ne peut appeler en garantie, devant la juridiction répressive, celui auquel il fait remonter la responsabilité du fait reproché : Lyon, 14 août 1884 (D. 86. 1. 79). Jugé encore en matière de simple police, qu'un propriétaire, poursuivi pour avoir laissé sans nécessité, pendant plusieurs jours, sur une place, des matériaux et objets provenant d'une démolition et embarrassant la voie publique, n'est pas fondé à appeler en garantie, devant le tribunal de police, le maire et l'huissier auxquels il impute d'avoir fait procéder à tort, suivant lui, et malgré son opposition, à l'exécution des décisions de justice ayant ordonné la démolition : Cass., 1er juill. 1887 (*Bull. crim.*, n° 249).

[12] Lyon, 14 août 1885 (D. 86. 2. 79).

[13] Sur le principe et ses applications : Cass., 1er juin 1874 (S. 74. 1. 190); 22 déc. 1880 (S. 81. 1. 216); 20 févr. 1882 (S. 82. 1. 312); Paris, 27 déc. 1883 (D. 85. 2. 222). Cass., 20 nov. 1886 (motifs) (D. 87. 1. 9). Voy. également : Cass., 9 déc. 1843 (S. 44. 1. 324). Il est décidé, dans ce dernier arrêt,

Digitized by Google

pas de garants », même au point de vue des dommages-intérêts.

141. L'une des parties en cause dans le procès pénal, lorsqu'elle est régulièrement dans l'instance, pourrait-elle se retourner contre d'autres parties, pour conclure, soit à l'application d'une peine, soit à une indemnité?

La question se pose, aussi bien dans les rapports du prévenu et de la partie civile, que dans les rapports des personnes civilement responsables et du prévenu.

a) Le prévenu acquitté peut être tenté de se retourner contre le ministère public ou la partie civile et de conclure reconventionnellement à des dommages-intérêts pour le préjudice que lui a causé une poursuite téméraire : nous savons que son action serait irrecevable à l'encontre du ministère public qui ne peut être atteint que par la voie de la prise à partie; tandis que, au contraire, le tribunal de répression est investi, comme corollaire de sa compétence pénale, du droit de statuer sur les dommages-intérêts réclamés par le prévenu à l'encontre de la partie civile (C. instr. cr., art. 358)[14]. Cette demande reconventionnelle formée par le prévenu contre la partie civile est un des moyens les plus efficaces de refréner les abus de la citation directe. Le plaignant s'expose, en effet, si sa poursuite est engagée d'une façon imprudente ou téméraire, à une action récursoire : il s'expose même, à la sanction pénale de la dénonciation calomnieuse, s'il est de mauvaise foi.

qu'un tribunal de police, saisi d'une poursuite contre des boulangers, prévenus d'avoir mis en vente du pain confectionné avec des farines gâtées, ne peut, en prononçant la peine encourue, statuer sur l'action en garantie, formée par les boulangers contre les meuniers de qui ils avaient acheté ces farines.

[14] L'individu relaxé peut, en effet, aussi bien devant le tribunal de police correctionnelle que devant la cour d'assises, faire condamner, après son acquittement, la partie civile à des dommages-intérêts. Cela résulte textuellement de l'article 212 du Code d'instruction criminelle qui porte : « si le jugement (du tribunal correctionnel) est réformé parce que le fait n'est réputé délit, ni contravention de police par aucune loi, la cour renverra le prévenu et statuera, s'il y a lieu, sur ses dommages-intérêts ». V. Cass., 27 mai 1840 (*Bull. crim.*, n° 151). *Sic*, Mangin, *Instr. crim.*, t. 2, p. 419; Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 6, p. 406.

Digitized by Google

b) La personne citée devant une juridiction de répression comme civilement responsable peut-elle se retourner contre le prévenu ou l'accusé et demander au tribunal ou à la cour de statuer, par un seul et même jugement ou arrêt, tant sur l'action qu'on exerce contre elle que sur le recours qu'elle pourra exercer contre le prévenu si elle est obligée de payer pour lui? Évidemment non. L'action qu'elle intente dans cette hypothèse n'est pas l'*action civile*, c'est un recours en garantie. Son principe n'est pas le délit, mais l'obligation de réparer le dommage causé par l'auteur du délit. La personne civilement responsable est défenderesse à l'action civile et non demanderesse. Or, la compétence des juridictions de répression, en ce qui concerne les actions privées, est de droit étroit (C. instr. cr., art. 3).

c) C'est d'abord par ce même motif, tiré des règles de la compétence, qu'on devrait écarter comme irrecevable l'action que des individus, compris dans une poursuite collective (coups et blessures commis dans une rixe, par exemple), prétendraient intenter les uns contre les autres. Mais nous l'écarterions également au fond par la raison que l'obligation de garantie, entre les auteurs ou complices d'infractions, est radicalement nulle comme ayant pour cause une association ou une coopération contraire à l'ordre public[15].

142. L'irrecevabilité de l'intervention en matière pénale exclut l'action, devant les tribunaux répressifs, des associations constituées dans le but de poursuivre certains délits.

Ces associations ne peuvent se réclamer que d'un intérêt moral dont le ministère public est le seul gardien : elles sont donc sans qualité, soit pour exercer, en leur nom, l'action publique, soit pour intervenir, à titre de partie civile, dans la poursuite engagée par le ministère public[16]. On ne sau-

[15] *Sic*, Colmar, 22 avr. 1846 (D. 47. 2. 179). V. cependant en sens contraire : Cass., 3 déc. 1836 (*J. du P.*, 38. 1. 37); Toulouse, 11 nov. 1862 (S. 63. 2. 19).

[16] Cette solution, quelque regrettable qu'elle soit, nous paraît certaine. Nous ne croyons pas qu'une évolution de la jurisprudence puisse, à cet

Digitized by Google

rait trop le répéter, en effet, dans tous les cas où le droit moderne admet les particuliers à exercer une influence sur la marche de l'action publique, en les autorisant, par exemple, à intervenir dans le procès pénal, c'est à une condition, toujours la même, qu'il y ait un préjudice personnellement subi et que l'intérêt à obtenir la réparation de ce préjudice soit comme la raison d'être de cette intervention. La partie lésée ne participe à l'exercice de l'action publique qu'incidemment à l'exercice de son action privée. Mais si l'on admet la participation d'un tiers, qui n'a nul intérêt à obtenir réparation, au droit de poursuivre la répression, ce tiers ne se borne pas à mettre l'action publique en mouvement ou à intervenir au procès, il exerce lui-même l'action, il agit en vue d'une peine, il tient purement et simplement la place du ministère public. C'est la conception de l'accusation populaire. Elle a ses avantages; mais ce n'est pas la nôtre.

Il ne faut pas, du reste, exagérer cette règle, au point d'exclure l'intervention des *syndicats professionnels*, toutes les fois, du moins, qu'ils peuvent figurer, comme *parties civiles*, à raison du préjudice causé aux intérêts généraux et collectifs qu'ils représentent[17]. La loi du 13 mars 1884 donne aux syndicats professionnels le droit d'ester en justice pour la conservation de leur patrimoine, ou la défense des *intérêts collectifs* dont ils ont la garde (art. 6)[18].

égard, modifier la situation. La question a été posée à l'Académie des sciences morales et politiques (Séance du 14 nov. 1891), dans la discussion qui a suivi la lecture d'un mémoire de M. Frédéric Passy, sur la question de la pornographie (*Compte rendu de l'Académie*, 1892, t. 1, p. 207 et 216). Voyez également : P. Nourrisson, *De la participation des particuliers à la poursuite des crimes et délits*, p. 280; H. Joly, *Les associations et l'État dans la lutte contre le crime* (*Rev. polit. et parlem.*, 1895); *Rev. pénit.*, 1894, p. 565; 1896, p. 112, 520, 650, 689, 830; 1897, p. 1076 et 1179; 1898, p. 405, 559 et 709, et *suprà*, n° 120, p. 266.

[17] Jurisprudence constante : Cass., 7 nov. 1889 en ce qui concerne les syndicats de pharmaciens (S. 91. 1. 556); 8 janv. 1891 (S. 91. 1. 559); 5 janv. 1894 (S. 95. 1. 382). Voy. cependant Planiol, note sous D. 95. 2. 553 et 98. 2. 129. Comp. ce que nous avons dit plus haut, n° 120, p. 263.

[18] Voy. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, 2e éd., p. 281, n° 425.

Digitized by Google

TITRE II

DE L'EXERCICE DES ACTIONS PUBLIQUE ET CIVILE.

CHAPITRE PREMIER

DE L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE.

---

§ XXIV. — DE L'INDÉPENDANCE DU MINISTÈRE PUBLIC EN CE QUI CONCERNE L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE.

143. L'indépendance du ministère public est complète en ce qui concerne les conclusions; elle ne l'est pas en ce qui concerne l'exercice de l'action publique. — 144. Observation sur l'importance des questions à examiner.

143. L'exercice de l'action publique est confié, dans sa plénitude, au ministère public (C. instr. cr., art. 1[er]). Investi de cette fonction par délégation de la loi, le ministère public a d'abord la faculté d'*agir* ou de *ne pas agir*, suivant les inspirations de sa conscience; il a, de plus, le droit de prendre, dans toutes les affaires qu'il dirige, les *conclusions* que lui dicte sa conviction. Sous ce dernier rapport, son indépendance est complète : il est maître, en effet, après avoir poursuivi, pour obéir aux ordres de ses chefs, de signaler l'injustice ou le mal fondé de la poursuite et de demander l'acquittement. Mais son indépendance existe-t-elle sous le premier rapport? Le pouvoir d'agir ou de ne pas agir, c'est-à-

Digitized by Google

dire de *poursuivre* ou de *ne pas poursuivre*, serait dangereux, s'il était absolu. A la rigueur, les particuliers auraient une garantie dans la sagesse et l'impartialité du tribunal de répression, contre la *témérité* des poursuites; mais ils n'en auraient aucune contre l'*inaction* volontaire du ministère public, si cette inaction ne pouvait être vaincue par aucun moyen. Aussi la loi circonscrit, dans certaines limites, l'indépendance soit du ministère public, soit de l'action publique[1]. Tantôt, le ministère public est obligé d'agir sous une impulsion étrangère; tantôt l'exercice de l'action publique est subordonné à certaines conditions.

144. L'examen de cette situation complexe permet d'apprécier quelles garanties la loi française assure aux particuliers comme à la société contre les abus de l'institution du ministère public. Des conditions mises à son action, des moyens de vaincre son inaction, dépend, en effet, la bonne ou la mauvaise organisation de l'accusation publique.

§ XXV. — DES CAS OU LE MINISTÈRE PUBLIC N'A PAS LA FACULTÉ DE S'ABSTENIR D'EXERCER L'ACTION PUBLIQUE.

145. Surveillance judiciaire. Surveillance administrative. Surveillance privée. — **146.** Rapports établis entre les fonctions d'accuser et les fonctions de juger. Incompatibilité et indépendance des fonctions. — **147.** Par exception, les tribunaux ont un certain pouvoir de surveillance et de direction soit sur les personnes, soit sur les fonctions du ministère public. L'article 11 de la loi du 28 avril 1810. L'article 235 du Code d'instruction criminelle. Droit d'injonction de la cour. Droits de juridiction et d'évocation de la chambre des mises en accusation. — **148.** Droits que donnent à la cour d'appel les articles 361 et 369. — **149.** De la surveillance administrative du ministère public. Procureur général près la Cour de cassation. Garde des sceaux. Supérieurs hiérarchiques. — **150.** De quelle façon et jusqu'à quel point la partie lésée participe-t-elle au droit d'accusation? Division. — **151.** Mise en mouvement et initiative. Cas où une plainte est nécessaire pour que le ministère public puisse agir. Citation directe. Constitution de partie civile devant le juge d'instruction. — **152.** Participation des parties lésées dans l'exercice et la direction de l'accusation. — **153.** Voies de recours.

145. Le ministère public est obligé d'agir, quand il en reçoit l'ordre de la *cour d'appel*, ou de ses *supérieurs hiérarchi-*

§ XXIV. [1] V. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 2, n° 567.

Digitized by Google

ques, ou lorsque l'action publique est mise en mouvement par les *parties lésées*, de sorte qu'au point de vue de l'exercice de l'action publique, le ministère public est soumis à une *surveillance judiciaire*, qui est exercée par les cours d'appel; à une *surveillance administrative*, qui est exercée par le ministre de la justice, le procureur général près la Cour de cassation, et les supérieurs hiérarchiques; à une *surveillance privée*, qui est exercée par les parties lésées. Il y a là une heureuse combinaison qui fait participer, à l'exercice de l'action publique, tous ceux qui sont intéressés à ce que le délit ne reste pas impuni. Mais, en réalité, des trois espèces de contrôle exercé sur la fonction d'accuser ou sur l'accusateur, il y en a deux qui sont bien organisés, le *contrôle hiérarchique* et le *contrôle privé*, le troisième est une fiction qui subsiste *honoris causa* dans notre législation criminelle.

146. Les magistrats chargés d'exercer l'action publique, quoique faisant partie, à titre d'élément indispensable, de la juridiction à laquelle ils sont attachés, ne dépendent, en aucune manière, de cette juridiction. Leur place n'est ni au-dessus ni au-dessous des juges : ce sont des fonctionnaires, désignés pour remplir, auprès du tribunal, un *office spécial*. Il en résulte que les fonctions d'*action* et les fonctions de *jugement* s'exercent dans des sphères distinctes. Ce principe, qui a pour corollaire l'indépendance respective des officiers du ministère public et des juges, n'existait, dans notre ancien droit, que par rapport au mode d'exercice des fonctions du ministère public, mais non par rapport à l'abstention de ces mêmes fonctions. La maxime : *Tout juge est procureur général*, exprimait cette idée que si l'action publique n'était pas mise en mouvement par le ministère public, tout magistrat avait le droit de lui donner l'impulsion et de l'exercer[1]. C'était un

§ XXV. [1] Jousse (*op. cit.*, t. 3, p. 66) enseigne : « Il n'est pas nécessaire « que l'information soit précédée d'une plainte de la partie publique, et dès « qu'un délit est notoire et qu'il y en a une dénonciation faite au juge, ce « dernier est en droit d'en informer par lui-même... En effet, si les juges ne « pouvaient suppléer aux procureurs du roi ou fiscaux, ceux-ci seraient en- « tièrement les maîtres de faire ou non des poursuites et de laisser les crimes

Digitized by Google

legs de l'ancien système de la *poursuite d'office*, que le droit moderne a complètement répudié. Aujourd'hui, les tribunaux ne peuvent exercer eux-mêmes l'action publique.

D'une part, en effet, ils sont obligés, pour juger, d'attendre d'être saisis par une personne ayant qualité : d'autre part, c'est le ministère public seul qui est, en principe, investi du droit général de mettre en mouvement l'appareil judiciaire en ce qui concerne la recherche et la poursuite des malfaiteurs (C. instr. cr., art. 1). Notre organisation judiciaire pénale est, en effet, dominée par deux conceptions : celle qui se formule dans le vieil adage germanique : « pas d'accusateur, pas de juge » et par suite de laquelle les tribunaux répressifs ne sont appelés à statuer que sur les faits délictueux qui leur sont expressément déférés; et celle qui réserve aux représentants du ministère public la fonction d'accuser, c'est-à-dire de saisir les tribunaux de répression des faits délictueux.

147. Cette séparation du droit de poursuivre et du droit de juger a, comme conséquences indirectes, l'*incompatibilité* et l'*indépendance* des fonctions.

1° Les mêmes personnes ne peuvent être investies du droit de poursuivre et du droit de juger dans la même affaire, car on ne saurait être à la fois *juge* et *partie* dans un procès. Cette incompatibilité de fonctions[2] a deux corollaires, dont le pre-

« impunis ». Serpillon (*Code criminel*, t. 1, p. 414) déclare que : « les pro-« cureurs du roi ou les juges, sous leurs noms, doivent faire la poursuite des « crimes qui méritent peine afflictive ou infamante ». Quelquefois même, les juges prenaient, séance tenante, des conclusions pour le ministère public. Voy. Rousseau de la Combe, *op. cit.*, 3e partie, chap. XXV, n° 24, p. 851. C'est en faisant l'application de la règle : tout juge est procureur général, que la jurisprudence avait admis que les juges d'appel, pouvaient aggraver la peine, quoique le ministère public n'eût point appelé *à minima*. Voy., du reste, sur tous ces points : Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 1, nos 430 à 432; t. 2, n° 569.

[2] Était déjà admise dans l'ancien droit (Arrêts du Parlement de Paris, 13 mars 1532, 9 juill. 1538, 20 avr. 1540 cités par Brillon, *Dictionn. des arrêts*, t. 1, p. 377). L'ord. de 1670 (tit. XXIV, art. 2) avait consacré cette règle. Bien qu'elle ne soit pas formellement consacrée dans notre droit, elle est généralement admise.

Digitized by Google

mier seul paraît être admis par la jurisprudence. Les fonctions du ministère public étant incompatibles avec celles de juge, un magistrat, qui a rempli les fonctions de ministère public, ne peut siéger comme juge dans une même affaire[3]. Il résulte, au contraire, d'un certain nombre d'arrêts[4], que, dans l'hypothèse inverse, un magistrat, ayant siégé comme juge dans une affaire, peut remplir, dans cette même affaire, les fonctions du ministère public, alors d'ailleurs qu'il y a été régulièrement délégué. Mais cette jurisprudence contradictoire méconnaît, dans une de ses applications, la règle d'après laquelle les fonctions du ministère public sont, *par leur nature même*, incompatibles avec celles de juge. Il n'est donc pas besoin d'un texte spécial et formel, édictant l'incompatibilité[5], qui résulte suffisamment des textes généraux renfermant les fonctions du ministère public dans le cercle de l'exercice de l'action publique (C. instr. cr., art. 22 et 26; article unique de la loi du 24 vend. an III).

2° Les magistrats du parquet sont *indépendants*, vis-à-vis des

[3] Voy. Cass., 29 nov. 1864 (S. 64. 1. 431); 16 déc. 1875 (D. 77. 1. 413). C'est ainsi qu'un magistrat qui a requis, comme officier du ministère public, la mise en accusation de l'accusé, ne peut concourir au jugement en cour d'assises : Cass., 3 mars 1859 (S. 60. 1. 191).

[4] V. notamment : Cass., 12 niv. an XII (P. chr.); 30 juill. 1847 (S. 47. 1. 863); 18 juill. 1889 (S. 89. 1. 496). Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation, annulant un arrêt de la cour d'Angers, a déclaré valable un appel correctionnel interjeté par un des juges ayant pris part au jugement de l'affaire. Voy. Rennes, 7 août 1878 (S. 79. 1. 111) et les conclusions de M. Baudoin. De même, il a été décidé qu'un magistrat qui a jugé une affaire en première instance en qualité de président du tribunal correctionnel, peut occuper, en appel, dans la même affaire, le siège du ministère public : Cass., 22 oct. 1897 (S. 99. 1. 109).

[5] La jurisprudence allègue, il est vrai, l'absence de textes : d'une part, l'article 381 du Code de procédure, dispose que les causes de récusation, relativement aux juges, sont inapplicables au ministère public qui est partie principale, et, d'autre part, l'article 257 du Code d'instruction criminelle, édictant une incompatibilité spéciale, ne saurait fournir ici un principe d'exclusion qui n'est pas prévu par cet article. Mais le silence de la loi sur cette application spéciale de l'incompatibilité des fonctions d'action et de jugement ne suffit pas pour l'exclure. L'ancien droit n'hésitait pas sur ce point : Jousse, *Justice civile*, t. 1, p. 672.

Digitized by Google

juges, comme ceux-ci le sont vis-à-vis des membres du parquet[6]. Cette règle a des corollaires nombreux.

Les tribunaux ne pourraient critiquer, sans commettre un excès de pouvoir, l'usage que le parquet ferait de ces droits. C'est ainsi qu'il leur est interdit d'enjoindre au ministère public de poursuivre les individus contre lesquels il n'avait pas cru devoir procéder[7]; que les tribunaux sont sans qualité, en cas d'inertie ou même en cas de refus du ministère public, de commettre un de leurs membres, soit pour poursuivre, soit pour conclure; qu'ils ne peuvent entraver l'exercice de l'action publique, en refusant d'instruire ou de statuer sur les réquisitions du ministère public, en ordonnant un sursis sur une poursuite jusqu'à ce qu'il ait été procédé à une information sur une inculpation autre que celle dont ils sont saisis; qu'ils ne peuvent formuler, par jugement, ni censure, ni réprimande, ni blâme contre les membres du ministère public[8], ni le condamner aux frais[9].

Mais, d'un autre côté, si les tribunaux sont tenus de se prononcer sur les réquisitions du ministère public, ils peuvent

[6] Cette indépendance était expressément reconnue dans l'ancienne jurisprudence, mais son application amenait parfois des conflits entre les parlements et les gens du roi. Une ordonnance de 1774 (Isambert, *Ord. des rois de France*, t. 23, p. 51) prescrivit de porter ces difficultés aux chambres assemblées, et, si le désaccord persistait, d'envoyer au garde des sceaux un mémoire sur lequel le roi statuerait en conseil.

[7] Comp. Cass., 20 déc. 1845 (D. 46. 1. 80); 7 mars 1857 (D. 57. 1. 181); 14 déc. 1867 (D. 69. 1. 488); 4 juin 1892 (D. 93. 1. 511).

[8] De nombreux arrêts ont été rendus sur ce point. Nous en citerons quelques-uns : Cass., 14 févr. 1845 (D. 46. 4. 349); 13 nov. 1847 (D. 47. 4. 310); 12 févr. 1848 (D. 48. 5. 263); 16 déc. 1859 (D. 59. 5. 259); 24 juin 1864 (D. 65. 5. 307); 17 févr. 1865 (D. 65. 1. 320); 19 avr. 1869 (D. 70. 1. 96); 19 mars 1883 (S. 84. 1. 383); 13 janv. 1881 (S. 81. 1. 234). Comp. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 2, n° 571.

[9] On pourrait citer des pages entières d'arrêts de cassation sur ce point. Ces arrêts ont presque tous été rendus à propos de jugements de police. On trouvera surprenant que la Cour suprême ait dû rappeler si souvent, aux tribunaux, que le ministère public, devant aucune juridiction, ne pouvait être passible des frais occasionnés par les poursuites qu'il exerce. Voy. Cass., 13 mars 1896 (D. 97. 207); 23 juill. 1897 (D. 99. 1. 57).

Digitized by Google

les apprécier, dans la pleine liberté de leur indépendance : ils ont le droit de les admettre ou de les rejeter, d'ordonner ou de ne pas ordonner telle mesure d'instruction, de diminuer ou même d'augmenter la peine requise.

Les officiers du ministère public doivent, pour respecter l'indépendance des tribunaux, s'abstenir d'assister aux délibérations qui précèdent les jugements : ils assistent seulement à celles qui regardent l'ordre et le service intérieur, et ont le droit de faire transcrire, sur les registres, toutes les réquisitions qu'ils prennent en cette matière (D. 30 mars 1808, art. 88); ils ont même voix délibérative, dans les cours et tribunaux assemblés, pour donner les avis qui leur sont demandés par le gouvernement sur un projet de loi ou sur quelque autre objet d'intérêt public (Ord. 18 avr. 1841, art. 2). D'ailleurs, l'article 88 du décret du 30 mars 1808 n'ayant pas été reproduit par les règlements de la Cour de cassation, les membres de son parquet peuvent assister à ses délibérations[10].

148. La ligne de démarcation entre les deux organismes et les deux fonctions est certainement absolue. Néanmoins, dans un intérêt supérieur, la loi a voulu donner aux tribunaux un certain pouvoir de surveillance et de direction, soit sur les personnes, soit sur les fonctions.

L'article 60 de la loi du 20 avril 1810 n'attribue qu'au procureur général et au ministre de la justice le droit de rappeler à leur devoir les officiers du ministère public dont la conduite est répréhensible. Mais l'article 61 ajoute : « Les cours « d'appel ou d'assises sont tenues d'instruire le grand juge, « ministre de la justice, toutes les fois que les officiers du mi« nistère public, exerçant leurs fonctions près de ces cours, « s'écartent du devoir de leur état, et qu'ils en compromettent « l'honneur, la délicatesse et la dignité. Les tribunaux de « première instance instruisent le premier président et le pro« cureur général de la cour d'appel des reproches qu'ils se « croient en droit de faire aux officiers du ministère public,

[10] Sur tous ces points : G. Le Poittevin, *Dictionnaire-formulaire des parquets* (3e éd.), v° *Ministère public*, n° 30.

Digitized by Google

« exerçant dans l'étendue de l'arrondissement, soit auprès de « ces tribunaux, soit auprès des tribunaux de police ». Ainsi, les juges ne peuvent pas *directement*, à quelque degré qu'ils soient placés[11], infliger un blâme aux officiers du ministère public; mais ils ont le droit de transmettre une dénonciation, un rapport, un procès-verbal à l'autorité supérieure : les cours d'appel et les cours d'assises, au ministre de la justice; les tribunaux de première instance, au premier président et au procureur général; les tribunaux de police, aux tribunaux de première instance, qui sont leurs intermédiaires avec le procureur général.

Mais le Code de 1808, tout en faisant du ministère public l'instrument indispensable de la poursuite, a voulu que la direction suprême en appartînt aux cours d'appel (C. instr. cr., art. 9). Cette intervention des cours d'appel, dans l'exercice de l'action publique, se manifeste de deux manières bien différentes : soit par voie d'*injonction*, soit par voie d'*évocation et de juridiction*.

I. La loi du 20 avril 1810 (art. 11)[12], donne, à toute cour d'appel, chambres réunies, le droit d'entendre les dénonciations de crimes ou de délits qui lui seraient faites par un de ses membres, d'enjoindre au procureur général de poursuivre et de se faire rendre compte des poursuites commencées en exécution de cet ordre.

Cette attribution des cours d'appel a son origine historique dans le système de la poursuite d'office du juge et le droit qui était reconnu aux parlements, soit de se substituer aux officiers du ministère public dans l'exercice de l'action pu-

[11] Notamment, il ne saurait appartenir à la Cour de cassation, siégeant comme conseil supérieur de la magistrature, de se prononcer sur les actes d'exercice de l'action publique reprochés à un magistrat du ministère public : Cass., ch. réun. (cons. sup. de la magistrature), 27 avr. 1898 (S. 99. 1. 385) et la note de M. Esmein.

[12] Art. 11 : « La cour d'appel pourra, toutes les chambres assemblées, en- « tendre les dénonciations qui lui seraient faites par un de ses membres de « crimes ou délits, elle pourra mander le procureur général pour lui enjoindre « de poursuivre à raison de ces faits et pour entendre le compte que le pro- « cureur général lui rendra des poursuites qui seraient commencées ».

Digitized by Google

blique, soit de les mander dans la chambre du conseil pour leur adresser des injonctions[13]. C'est à Napoléon qu'est dû ce retour à une ancienne tradition. C'est lui qui insista, devant le Conseil d'État, pour que le droit de la cour d'appel fût inscrit dans la loi organique de la nouvelle magistrature, afin, disait-il, de « donner plus d'intensité à la justice criminelle »[14]. Un droit d'impulsion sur l'action publique fut ainsi conféré à la cour d'appel, soit pour lui permettre de vaincre l'inertie possible du ministère public, soit pour lui permettre d'apporter au ministère public, dans les affaires graves et délicates, surtout dans les affaires politiques, l'appui et l'énergie qui lui seraient nécessaires[15].

En quoi consiste le droit de la cour d'appel et comment s'exerce-t-il? 1° C'est le premier président qui convoque, en chambre du conseil, l'assemblée générale, sur la demande *du* ou *des* dénonciateurs[16]. 2° Si la cour est d'avis qu'il y a lieu d'ordonner des poursuites, elle ne peut commettre un de ses membres pour les exercer, mais simplement *enjoindre*, au procureur général de les faire : l'action publique n'est donc pas mise en mouvement par la cour : elle l'est par les officiers du ministère public, d'ordre de la cour. C'est dire que l'article 11 n'a pas de sanction effective, car la poursuite, dépendant toujours du procureur général, celui-ci, en opposant

[13] L'idée ancienne « que les fonctions du ministère public résident dans les juges » est au fond de cette disposition.

[14] On peut suivre, dans Locré (t. 24, p. 418, 419, 489, 494, 498, 506, 518, 582, 595 et 596, 674), l'origine de l'article 11 de la loi du 20 avr. 1810. Deux idées se trouvent mêlées dans la discussion : celle de réunir la justice civile et la justice criminelle; celle de former, avec les cours d'appel, de grands corps, analogues aux anciens parlements, « forts de leur nombre, au-dessus des craintes et des considérations particulières ». Comp. Louchet, *De l'autorité des cours impériales en matière criminelle*, 1866.

[15] A. Guillot, *Des principes du nouveau Code d'instruction criminelle* (Paris, 1884) : « La vérité, c'est qu'en consacrant ces droits (des cours d'appel), dans le Code de 1808, l'Empereur, avec ce goût des grandes choses qui inspirait souvent ses conceptions gouvernementales, sut faire le sacrifice de ses instincts de domination pour asseoir l'ordre judiciaire sur des bases solides ».

[16] D. 6 juill. 1810, art. 61, 62, 63.

Digitized by Google

la force d'inertie, peut, s'il est appuyé par le ministre de la justice, paralyser le droit d'impulsion de la cour. 3° Celle-ci a le droit de mander, par arrêt, le procureur général pour lui faire rendre compte des poursuites commencées en exécution des ordres donnés et non de toutes les instructions ouvertes en vertu de l'initiative du ministère public[17].

La loi de 1810 a, pour elle, une expérience de près d'un siècle, et, pendant ce temps, le seul reproche qu'on ait pu adresser aux cours d'appel, ce n'est pas d'avoir abusé de leur droit d'impulsion, c'est peut-être de l'avoir trop timidement exercé. La raison en est d'abord que le ministère public, en France, a eu rarement besoin d'être poussé ou d'être soutenu dans sa lutte contre le crime : l'institution de l'accusation publique a fonctionné avec une régularité suffisante jusqu'ici[18] pour rassurer tous les intérêts et donner satisfaction aux esprits les plus répressifs. Du reste, telle qu'elle est organisée, l'intervention des cours d'appel ne se produit pas par voie d'exercice de l'action publique, mais simplement par voie d'impulsion : et, s'il s'agit de garantir les citoyens contre la

[17] C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans une des rares circonstances où l'application de l'article 11 ait été tentée. En 1861, le juge d'instruction de Saverne avait renvoyé en police correctionnelle Edmond About, à la suite d'un article diffamatoire publié par l'*Opinion nationale* contre le maire de la ville ; le tribunal était déjà saisi, lorsque le plaignant, cédant à de souveraines sollicitations en faveur de l'inculpé, consentit à se désister; les règles les plus simples de la procédure exigeaient néanmoins que le tribunal statuât; cela ne convenait pas au procureur général, il se rendit à Saverne, prit le dossier et l'emporta. La cour, trouvant le procédé incorrect, le fit mander à sa barre pour lui demander compte des poursuites. Pourvoi contre cet arrêt, et la Cour de cassation décida que la cour avait commis un excès de pouvoir en se préoccupant d'une procédure qui n'avait pas été engagée sur son initiative : Cass., 12 juill. 1861 (S. 61. 1. 905 ; D. 61. 1. 289).

[18] Je dis « jusqu'ici », car il n'est pas tout à fait vrai, depuis quelques années, que le ministère public fonctionne au mieux des intérêts sociaux. Mission considérable, tâche difficile à remplir, et, par contre, pouvoirs formidables, tel est le lot du ministère public, qui se trouve, bien souvent, débordé ou impuissant. L'influence politique qui détermine les nominations et gêne les initiatives est la cause évidente de ce détraquement, déjà sensible, de l'action publique.

Digitized by Google

mainmise du pouvoir sur l'action publique, la magistrature sait bien qu'elle perdrait tout au moins son autorité dans une lutte où le ministère public, appuyé par le garde des sceaux, aurait toujours le dernier mot.

Ce n'est pas en vue de demander la suppression de l'institution que nous faisons cette remarque : l'existence d'un droit, remis à un grand corps judiciaire, a son utilité, alors même qu'il n'est pas exercé. Il y a, en effet, dans la possibilité seule de l'intervention de la cour, une influence latente, propre à prévenir des abus. Mais c'est pour fortifier encore le pouvoir judiciaire contre la désastreuse influence du pouvoir politique dans l'administration de la justice. Deux mesures pourraient être prises dans ce but : il faudrait, d'abord, permettre à la cour de déléguer un de ses membres pour exercer l'action publique, au cas d'inertie du procureur général ; il faudrait, en outre, l'autoriser à demander compte au procureur général des poursuites commencées même sur l'initiative du parquet[19].

II. La seconde exception au principe d'après lequel l'action publique est indépendante des tribunaux, résulte de l'article 235 du Code d'instruction criminelle, qui porte : « Dans « toutes les affaires, les cours d'appel, tant qu'elles n'auront « pas décidé s'il y a lieu de prononcer la mise en accusation, « pourront d'office, soit qu'il y ait ou non une instruction « commencée par les premiers juges, ordonner des poursuites, « se faire apporter les pièces, informer ou faire informer, et « statuer ensuite ce qu'il appartiendra. »

Cette disposition ne fait pas double emploi avec l'article 11 de la loi de 1810[20]. Il existe, en effet, entre ces attributions des cours d'appel, trois différences importantes.

[19] Sur les projets tendant à modifier l'article 11 de la loi de 1810 à propos de la revision du Code d'instruction criminelle, on lira : Guillot, *op. cit.*, p. 90 à 104. La tendance de ces projets a été de supprimer cette disposition ou du moins d'en modifier le caractère en permettant simplement à la cour de saisir la chambre d'accusation. On remarquera une fois de plus le caractère régressif de ces projets en ce qui concerne l'action publique.

[20] Voy. sur ce point : Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 25.

Digitized by Google

1° La loi de 1810 n'accorde la faculté dont elle parle qu'aux *chambres assemblées;* l'article 235 l'accorde aux *chambres d'accusation*. Ce texte, il est vrai, emploie l'expression : « Dans toutes les affaires, les *cours* », mais les mots qui suivent : « *tant qu'elles n'auront pas décidé s'il y a lieu de prononcer la* « *mise en accusation* », prouvent qu'il ne s'agit que d'une section de la cour d'appel, la chambre d'accusation[21].

2° Le droit établi par l'article 235 est moins étendu que celui résultant de la loi de 1810. Les chambres réunies de la cour d'appel peuvent, sans être déjà saisies, *provoquer* des poursuites *nouvelles* de la part du ministère public; les chambres d'accusation n'ont d'autre droit que d'*ordonner l'extension* des poursuites, dont elles sont saisies, en les faisant diriger, soit contre des *faits connexes*, non compris dans l'instruction, soit contre des *personnes* qui n'y figurent pas. C'est ce qui résulte de l'article 235, aux termes duquel la cour n'a le pouvoir d'ordonner des poursuites qu'autant qu'elle n'a pas encore décidé *s'il y a lieu de prononcer la mise en accusation*. La loi ajoute, il est vrai, que la chambre d'accusation peut user de la faculté dont elle parle, qu'il y ait ou non une instruction commencée par les premiers juges; mais ces expressions ne s'appliquent certainement qu'aux nouveaux faits sur lesquels la cour peut ordonner des poursuites.

3° Mais le droit établi par l'article 235 est beaucoup plus effectif que celui de l'article 10. Les chambres réunies de la cour n'ont qu'une faculté de provocation ou d'injonction; mais l'action est exercée par le procureur général, d'ordre de la cour; la chambre d'accusation a un droit d'action. En réalité, elle se saisit d'*office*, sans avoir besoin d'y être provoquée par des réquisitions du ministère public, de l'action elle-même, puisqu'elle étend la poursuite à d'autres personnes ou à d'autres faits, tandis que l'impulsion de la cour s'exerce sur le ministère public plutôt que sur l'action publique elle-même.

La chambre d'accusation exerce le droit que lui reconnaît

[21] Voy. : Faustin Hélie, t. 1, nos 328 et suiv.; Mangin, t. 1, n° 25; A. Faustin Hélie, *De l'autorité des cours d'appel sur la police judiciaire* (*La France judiciaire*, t. 8, p. 287-291).

Digitized by Google

l'article 235, dans deux situations distinctes, et ce n'est pas sans peine que la jurisprudence et la doctrine ont réussi à dégager de l'article 235 les deux hypothèses qu'il contient.

a) La première se présente lorsque la chambre d'accusation est saisie, soit par le renvoi du juge d'instruction, soit par une opposition des parties, du règlement d'une information. En examinant la procédure, elle croit découvrir la trace d'un délit imputable, soit à l'inculpé, soit à un tiers. Elle peut alors, par dérogation au principe d'après lequel une juridiction d'instruction ne saurait se saisir d'office, donner une certaine extension à la poursuite, en la complétant, soit à l'égard d'individus qui auraient dû être inculpés, soit à l'égard d'un nouveau crime ou délit se rattachant à l'affaire dont elle est saisie. En un mot, la chambre d'accusation a un *droit de juridiction*, non seulement sur l'affaire telle qu'elle se trouve définie par le réquisitoire du ministère public et l'ordonnance du juge d'instruction, mais sur les *faits nouveaux* ou les *nouveaux inculpés* qui s'y rattachent[22].

b) Elle a, de plus, à l'occasion de toute instruction ouverte, un *droit d'évocation* qui lui permet, soit d'enlever, au juge qui en est chargé, les procédures qu'il y aurait quelque inconvénient à laisser entre ses mains, soit d'informer par elle-même ou d'ordonner un supplément d'information sur de nouveaux inculpés ou sur des crimes ou délits, dont l'examen des pièces

[22] « Soit qu'il y ait ou non, dit la loi, une instruction commencée par les premiers juges », c'est-à-dire soit qu'il y ait ou non une instruction commencée par rapport aux *faits nouveaux* sur lesquels la cour ordonne des poursuites. Ce droit d'évocation est distinct du rôle que l'article 231, modifié par la loi du 17 juillet 1856, donne à la chambre d'accusation, « à l'égard des prévenus renvoyés devant elle, sur tous les chefs de crimes, de délits et de contraventions résultant de la procédure ». Dans ce dernier cas, il s'agit de permettre à la chambre d'accusation d'examiner, dans son ensemble, l'affaire qui lui est déférée, sans s'arrêter au règlement de la procédure qui a pu être fait par le juge d'instruction. Du reste, l'étendue de la dévolution de l'affaire à la chambre d'accusation fait l'objet de difficultés que nous examinerons à propos de la compétence de cette juridiction comme chambre d'instruction. Voy. du reste : Cass., 20 janv. 1898 (S. 99. 1. 61); Marcel Breuillac, *Des changements de qualification par les tribunaux de répression* (Th. doct. Lyon, 1905, p. 16 et suiv.).

Digitized by Google

aurait amené la révélation. Quand elle évoque, la chambre d'accusation devient maîtresse d'aiguiller la procédure dans la direction qu'elle indique, par exemple d'ordonner telle ou telle mesure d'instruction, et de commettre, pour la faire, soit un des juges d'instruction du tribunal[23], soit un ou plusieurs de ses membres. Il ne faut pas, en effet, donner à l'article 236 une portée impérative, c'est une faculté que la loi ouvre à la chambre d'accusation, en lui permettant de déléguer un de ses membres pour remplir « les fonctions de juge instructeur[24] ».

Ce double droit de *juridiction* et d'*évocation*, la cour l'exerce de sa propre initiative, sans avoir besoin d'y être invitée par aucune réquisition. Le législateur de 1808 a voulu, « dans l'espoir, suivant ses propres expressions, qu'aucun crime ne resterait impuni », faire, de la chambre d'accusation, le centre de l'information, élever en elle, à leur plus haute expression, tous les pouvoirs du magistrat instructeur, et lui donner, sur toute procédure, un droit de direction pour lui permettre de réparer certaines défaillances ou de réveiller certaines inerties. Ces droits de juridiction et d'évocation appartiennent, pour ainsi dire, naturellement aux chambres d'accusation: ils sont une conséquence nécessaire de la haute surveillance que les cours d'appel exercent sur l'instruction des affaires criminelles[25].

[23] Aussi bien un autre juge que celui qui a fait l'instruction. L'article 219 du projet de réforme du Code d'instruction criminelle, prévoyant le cas où, sur les réquisitions du procureur général, la chambre d'accusation ordonne une instruction sur des faits ou des personnes non compris dans l'information, lui interdit de confier cette nouvelle instruction au juge originairement saisi. On ne voit pas quel serait le motif de cette interdiction. La cour est seule capable d'apprécier ce qui convient le mieux.

[24] Art. 236 : « Dans le cas du précédent article, un des membres de la section dont il est parlé en l'article 218 (de la chambre d'accusation) fera les fonctions de juge instructeur. »

[25] Il ne faut pas, en effet, oublier que les auteurs du Code d'instruction criminelle, l'Empereur surtout, qui voulait établir, en France, « de grands systèmes judiciaires ayant en eux-mêmes leur principe d'activité et leur moteur », ont, en créant, dans chaque cour d'appel, une chambre d'accusa-

Digitized by Google

149. On a cru voir également une application de l'autorité exercée par les cours d'appel sur l'action publique dans les articles 361 et 379 du Code d'instruction criminelle. Mais ces dispositions, dont l'une suppose l'acquittement et l'autre la condamnation de l'accusé, n'ont pas pour but direct l'exercice d'une surveillance vis-à-vis du ministère public: elles sont plutôt fondées sur la nécessité de prendre des mesures immédiates, relativement à l'état de détention de l'inculpé dans le premier cas, et relativement à l'exécution de la peine dans la seconde hypothèse.

150. La surveillance administrative, à laquelle les officiers du ministère public sont soumis, est exercée : 1° par le procureur général près la Cour de cassation; 2° par le ministre de la justice; 3° par les supérieurs hiérarchiques.

I. Aux termes de l'article 84 du sénatus-consulte du 16 thermidor an X, *le procureur général près la Cour de cassation* surveille les procureurs généraux près les cours d'appel [26]. Cette

tion, investi spécialement les membres de cette chambre « de la direction supérieure des affaires criminelles ». Dans la pensée qui a présidé à leur constitution, les chambres d'accusation « devaient avoir la plénitude de juridiction et d'initiative ». Il est donc tout naturel que « lorsqu'une procédure est sous leur main », les juridictions dont il s'agit aient « le droit de lui donner tous les développements qu'elle comporte, d'ordonner des informations nouvelles sur les crimes ou les délits qu'elle révèle ». Voy. l'exposé des motifs de la loi du 17 avril 1856 (S. *Lois annotées*, 1856, p. 115 et suiv.). Ce caractère des chambres des mises en accusation a été bien mis en relief par M. l'avocat général Baudoin dans ses conclusions qui ont précédé l'arrêt de la Cour de cassation du 28 mai 1892 (S. 93. 1. 329; D. 92. 1. 582). La chambre des mises en accusation agit « en vertu d'un droit qui lui est « propre ; elle examine les ordonnances définitives des juges d'instruction; « mais elle n'a ni à les confirmer ni à les infirmer; toutes les formules qui, « à cet égard, ont été consacrées dans la pratique, sont surannées; la cham- « bre d'accusation statue, à nouveau, dans la plénitude du droit que la loi lui « confère ». Voy. également: Cass., 6 nov. 1851 (*B. cr.*, n° 465). La cour d'appel, dit cet arrêt, « exerce un droit d'appréciation supérieur des faits, « lorsqu'elle juge qu'ils ont été mal qualifiés par l'ordonnance de prise de « corps, et elle trouve ce droit, non dans les réquisitions du ministère public, « mais dans sa propre compétence ».

[26] Il semble que cette disposition contemporaine du rétablissement du mi-

Digitized by Google

surveillance, dont le *mode* et l'*étendue* ne sont déterminés par aucune disposition législative ou réglementaire, est évidemment renfermée, comme la juridiction de la Cour de cassation elle-même, dans la sphère de l'*application de la loi*. Elle s'exerce par des observations, des avis que le procureur général peut adresser aux procureurs généraux, à l'occasion des affaires déférées par des pourvois à la Cour de cassation, sur la manière d'entendre et de pratiquer les prescriptions légales. Mais ce fonctionnaire n'aurait pas qualité, soit pour intimer l'ordre aux membres du ministère public de poursuivre une infraction, soit pour demander à la Cour de cassation l'annulation d'un arrêt ou d'un jugement en dernier ressort contraire à la loi. Au premier point de vue en effet, le procureur général près la Cour de cassation, n'est pas le chef hiérarchique des procureurs généraux près les cours d'appel; il n'a pas un droit d'impulsion sur l'action publique, analogue à celui du ministre de la justice. Au second point de vue, sauf dans des cas exceptionnels où il procède à des actes directs de poursuite ou d'instruction (C. instr. cr., art. 441, 443, 444, 486, 491, 532, 542), le procureur général près la Cour de cassation n'a même pas, devant cette juridiction, l'*exercice* de l'action publique. Il prend, sans doute, par lui-même ou par ses avocats généraux, des conclusions dans toutes les affaires criminelles portées devant la Cour suprême. Mais, dans ces affaires mêmes, il n'est entendu que comme *partie jointe;* car le *pourvoi*, qui saisit la cour, est *formé* et *dirigé* par la partie qui a attaqué la décision, c'est-à-dire le *condamné*, le *ministère public*, la *partie civile*. Ainsi limité dans ces deux directions, le pouvoir de *surveillance* du procureur général près la Cour de cassation ne concerne pas l'exercice de l'action publique, mais plutôt la manière même dont les fonctions du ministère public sont comprises dans les divers ressorts judiciaires. L'étude des procédures qui passent sous les yeux du procureur général près

nistère public, ait eu pour but d'imprimer une sorte d'unité à l'exercice de l'action publique. Mais, faute d'avoir été organisée, cette surveillance est restée théorique.

Digitized by Google

la Cour de cassation lui révèle-t-elle des pratiques vicieuses, des irrégularités, des abus auxquels il faut remédier : il peut alors, soit par voie d'avis individuel, soit par voie de circulaire générale, signaler ces habitudes inutiles ou dangereuses et en demander la suppression ou la réforme. Cette surveillance a donc un caractère *juridique* plutôt qu'*administratif :* c'est dans la sphère de l'application de la loi qu'elle se renferme[27]. Du reste, elle n'est plus effectivement exercée à notre époque. L'abondance des recueils de jurisprudence, où les membres du ministère public peuvent trouver rapportées, non seulement les décisions de la Cour de cassation, mais les conclusions des avocats généraux ou du procureur général, rendent cette surveillance à peu près inutile.

II. Les officiers du ministère public sont tous placés sous l'autorité directe du garde des sceaux qui représente, vis-à-vis d'eux, le pouvoir exécutif (D. 30 mars 1808, art. 80 et 81; L. 20 avr. 1810, art. 60; L. 30 août 1883, art. 17), et qui est armé, à leur égard, d'un droit de surveillance et d'un pouvoir de discipline, auxquels leur amovibilité donne la plus énergique de toutes les sanctions. Le garde des sceaux a certainement le droit d'adresser aux membres du ministère public des *injonctions* afin qu'ils exercent ou s'abstiennent d'exercer l'action publique, et, en cas de résistance, de provoquer leur changement de résidence ou leur révocation; mais là s'arrêtent ses pouvoirs. Le droit d'*exercer* l'action publique ne lui appartient pas. D'où quatre conséquences :

1° Les membres du ministère public sont bien tenus d'adresser aux tribunaux les réquisitions qu'il leur est ordonné de formuler ou de se démettre de leurs fonctions (C. instr. cr., art. 274, 441, 443, 486); mais ils ont le droit de *conclure* à l'audience, suivant leur opinion personnelle, même au rejet de leurs réquisitions; car les conclusions, qui ne sont que l'*opinion* du magistrat qui les donne, doivent rester libres, pour être consciencieuses. Le ministère public tient à hon-

[27] Comp. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 1, n° 532; Tarbé, *Lois et règlement de la Cour de cassation*, Introduction, p. 100.

Digitized by Google

neur d'affirmer, aujourd'hui comme autrefois, que si « la plume est serve, la parole est libre ». La loi elle-même a expressément reconnu cette indépendance du ministère public dans l'article 6 de l'ordonnance du 1er juin 1828 sur les conflits[28].

2° Le garde des sceaux ne peut se substituer au procureur général ou au procureur de la République qui refuserait d'*agir*, et assigner à sa propre requête; il n'exerce pas, en effet, l'action publique et ne procède, par lui-même, à aucun acte de poursuite; il a donc besoin de l'intermédiaire des officiers du ministère public, puisque la loi ne lui donne pas accès auprès des tribunaux. Il en résulte que la résistance, bien invraisemblable, des officiers du ministère public qui se refuseraient à exécuter les ordres du garde des sceaux ne pourrait être vaincue que par un déplacement ou une révocation.

3° L'action publique, intentée par un membre du ministère public, malgré la défense du garde des sceaux, est régulièrement introduite; la juridiction compétente, valablement saisie, ne peut donc se refuser à statuer[29].

4° L'initiative de la poursuite appartient aux officiers du ministère public qui n'ont pas à demander au gouvernement

[28] Il s'agit, dans ce texte, du déclinatoire d'incompétence, que le préfet doit présenter à l'autorité judiciaire avant d'élever le conflit : « Le procureur de la République fait connaître, dans tous les cas, au tribunal, la demande formée par le préfet et requerra le renvoi, *si la revendication lui paraît fondée* ». Comp. sur le principe : Locré, t. 24, p. 406; Faustin Hélie, t. 1, n° 472; Ortolan, t. 2, nos 2031 et 2032; Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 71; Robinet de Cléry, *Les droits du ministère public et du ministre de la justice en matière de poursuites criminelles* (*Revue critique*, 1876, p. 424).

[29] Comp. : Alglave, *Action du ministère public* (2e éd., Paris, 1874), t. 1, p. 195 et suiv. V. Cass., 22 déc. 1827 (S. *Coll. nouv.*, t. 8, p. 731). Le Conseil d'État a implicitement reconnu cette règle en 1806, en autorisant exceptionnellement le garde des sceaux à mettre un terme aux poursuites du ministère public contre les officiers de l'état civil qui avaient enfreint, par ignorance ou par négligence, les règles relatives à la tenue des actes de l'état civil : « Il pourra, dit l'avis du 31 juill. 1806, prescrire aux procureurs impériaux de lui faire connaître les poursuites qu'ils se proposent de faire et arrêter celles qui n'auraient pas pour objet des négligences vraiment coupables par leur gravité. »

Digitized by Google

une autorisation préalable d'agir. On cite souvent, comme résumant la doctrine sur ce point, une lettre remarquable de M. Bellart, procureur général à la cour de Paris, sous le ministère de M. de Peyronnet : « Quand le ministère public ne « doute pas, quand un délit est évident, le magistrat, chargé « du triste devoir de poursuivre, doit-il, avant tout, prendre « ou attendre les ordres du gouvernement? S'il en était ainsi, « le ministère public qu'on a accusé d'agir sous l'influence « du gouvernement n'aurait plus rien à répondre à cette im- « putation, quand on jugerait convenable de la reproduire. « Le ministère public doit agir spontanément, sans qu'il ait « besoin de recevoir l'autorisation de personne. Ce qu'il y « aurait de plus alarmant pour la liberté, c'est que le gouver- « nement s'en mêlât jamais[30] ». Ce principe n'admet d'exception, en matière répressive, que dans deux cas : la demande d'annulation formée par le procureur général près la Cour de cassation d'ordre du garde des sceaux (C. instr. cr., art. 441); les poursuites dirigées contre les officiers de l'état civil dans les circonstances prévues par l'avis précité du Conseil d'État du 31 juillet 1806[31]. Mais, en fait, toutes les fois que la poursuite touche de près ou de loin à une question ou à un personnage politiques, le parquet, avant d'agir, prend les instructions de la chancellerie. Cette pratique est, du reste, récente; mais elle est des plus critiquables, car elle fausse le ressort essentiel de l'action publique, le principe de son indépendance.

III. Les membres du ministère public, étant hiérarchiquement subordonnés les uns aux autres, le procureur général

[30] Cette lettre a été citée par Dupin dans son réquisitoire sur l'affaire jugée par la Cour de cassation, le 22 janv. 1862 (D. 62. 1. 5).

[31] De nouvelles mœurs judiciaires, dangereuses pour l'indépendance des magistrats et déplorables pour le service de la justice, se sont introduites dans ces dernières années. Les bureaux de la Chancellerie se sont transformés, de plus en plus, en bureaux de consultation, les procureurs généraux s'en référant au garde des sceaux dès qu'ils doivent engager leur responsabilité, et lui demandant des instructions. Nous ne pouvons que regretter la mainmise du pouvoir politique, prisonnier lui-même des députés et de leurs comités, sur l'exercice de la justice pénale. Ce n'est pas la loi qu'il faudrait réformer, ce sont les mœurs.

Digitized by Google

peut donner, relativement à l'exercice de l'action publique, des ordres aux procureurs de la République de son ressort (L. 20 avr. 1810, art. 45), comme le procureur de la République, aux commissaires de police. Le droit de commandement du supérieur hiérarchique est, du reste, limité par les trois règles suivantes :

1° Les liens hiérarchiques, qui unissent, entre eux, les membres du ministère public, ne donnent pas, *de plein droit*, à chaque magistrat supérieur, le droit de faire, *par lui-même* et *en son nom*, les actes attribués aux agents immédiatement placés sous ses ordres. Chaque magistrat a ses attributions *propres* et sa compétence *spéciale;* le procureur général ne peut pas plus agir aux lieu et place du procureur de la République devant le tribunal correctionnel, que celui-ci ne peut se substituer au commissaire de police pour exercer l'action publique devant le tribunal de simple police. L'*unité* du ministère public consiste simplement dans l'*unité de direction*, et cette unité se manifeste en ce que tous les membres du ministère public doivent obéir à l'*impulsion* de leurs chefs hiérarchiques et exécuter les ordres qu'ils en reçoivent.

2° Mais si l'officier du ministère public, auquel il est enjoint de poursuivre, est tenu, quelle que soit son opinion personnelle, d'entamer la poursuite, il peut prendre, dans toutes les affaires, les conclusions que lui dicte sa conviction personnelle. Le droit de commandement du chef hiérarchique permet d'ordonner des poursuites, mais non d'imposer des conclusions.

3° Les règlements tracent la marche à suivre pour concilier, *dans le même parquet*, cette indépendance de la conviction que l'on doit toujours respecter, avec les exigences de la discipline et de la direction qui appartiennent au chef du parquet. Les articles 48 et 49 du décret du 6 juillet 1810 ne concernent expressément que le parquet du procureur général; mais ils sont, par identité de motifs, applicables au parquet du procureur de la République. Dans les causes importantes ou difficiles, l'avocat général ou le substitut de service à l'audience peut communiquer au procureur général les conclusions qu'il

Digitized by Google

se propose de prendre; il est même tenu de le faire toutes les fois que le procureur général veut prendre connaissance de l'affaire. Dans l'un et l'autre cas, si le procureur général et son subordonné ne sont pas d'accord, l'affaire est portée à l'assemblée générale de tous les membres du parquet qui en délibère et émet un avis à la majorité des voix : le magistrat de service à l'audience est tenu de se conformer à l'opinion qui a prévalu ou de céder la parole à l'un de ses collègues, mais le procureur général, comme chef responsable du parquet, a le droit, s'il partage l'avis qui a succombé, de siéger à l'audience et d'y soutenir son opinion personnelle (D. 6 juill. 1810, art. 48 et 49)[32].

151. De quelle façon et jusqu'à quel point la *partie lésée* participe-t-elle au droit d'accusation? C'est là un des plus graves problèmes de la justice répressive[33]. Il s'est trouvé des réformateurs pour prétendre que le monopole du ministère public devait être absolu et pour ne pas craindre de réduire l'action des particuliers lésés à l'exercice d'une demande en dommages-intérêts devant les tribunaux ordinaires. D'autres, à l'inverse, proposeraient un retour à l'accusation populaire et feraient volontiers de la partie lésée une sorte de ministère public agissant à la fois dans son propre intérêt et dans l'intérêt social. Ces conceptions sont excessives : la première réduit, la seconde exagère le rôle de la victime du délit. Ce qu'il faut c'est que la loi favorise le concours du ministère public et de la partie lésée.

Si « la réalisation du principe de la réparation n'est pas une fonction d'ordre social[34] », elle n'est pas non plus, tout à fait,

[32] Ces dispositions ont un caractère d'ordre intérieur : Cass., 28 janv. 1864 (S. 64. 1. 374). Comp. Ortolan et Ledeau, *op. cit.*, t. 1, p. 27.

[33] Voy. Cézar-Bru, *De l'exercice de l'action publique par les simples particuliers* (*Rev. gén. de droit*, 1892, p. 311, et 1893, p. 5); Raoul de la Grasserie, *Participation de la partie lésée à l'action publique* (*Rev. crit.*, 1896, p. 623, et 1897, p. 35). On trouvera, dans ces articles, des notions très complètes de législation comparée.

[34] C'est le congrès d'anthropologie criminelle de Rome de 1885 (*Actes du premier congrès d'anthropologie criminelle de Rome* de 1885, p. 363 et suiv.)

Digitized by Google

une fonction d'intérêt privé. L'ordre social ne peut être satisfait que si l'ordre privé est sauvegardé. Par suite, aucun obstacle ne doit être opposé à celui qui est lésé dans ses droits par un délit et il faut surtout que cet obstacle ne provienne pas du ministère public lui-même.

On concevrait donc un système de rapports, entre le ministère public et la victime du délit, suivant lequel l'intervention et la surveillance de celle-ci s'exerceraient dans les trois périodes qui marquent le point de départ et le point d'arrivée de l'exercice de l'action publique : 1° Mise en mouvement et initiative; 2° Exercice et direction; 3° Voies de recours. Mais il n'en est pas tout à fait ainsi dans notre procédure pénale.

152. Au premier point de vue, la partie lésée intervient dans l'accusation de trois manières :

I. Dans certains cas, elle peut empêcher le ministère public d'agir, car l'exercice de l'action publique est subordonné à une *plainte* préalable de la partie lésée. Mais c'est là une situation exceptionnelle, dans laquelle, pour des motifs divers, la loi laisse à la partie lésée l'appréciation de l'opportunité des poursuites. D'ordinaire, le ministère public n'a pas besoin d'attendre pour agir qu'il soit saisi d'une plainte[35].

II. La victime du délit peut obliger le ministère public à agir ou plutôt peut saisir *directement* la juridiction de répression, en donnant, à l'insu et même à l'encontre du ministère public, une impulsion à l'action publique. C'est par cette porte que la partie lésée a surtout accès devant la justice répressive et qu'elle « plaide, en réalité, pour la peine en plaidant pour une réparation pécuniaire[36] ». Les habitués du palais ont une expression caractéristique pour qualifier la situation que crée,

qui a posé cette formule. On en a déduit comme conséquence, la plupart des réformes que préconisent les positivistes italiens et leur chef de file, Ferri (*Sociologia crim.*, n° 88). Voy. également : Garofalo, *La criminologie* (5e ed., 1905), p. 374 et suiv.

[35] Voy., sur ce point, les observations de Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 16, p. 17.

[36] Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 2, n° 676.

Digitized by Google

dans ce cas, l'initiative de la victime du délit : ils appellent ces procès, « les affaires entre parties ».

Il importe donc de s'expliquer sur ce mode d'intervention. Les personnes qui ont souffert d'une infraction et même des tiers à qui elle n'a causé aucun préjudice, peuvent *provoquer* l'exercice de l'action publique par des *plaintes* ou des *dénonciations*, adressées au procureur de la République ou à un de ses auxiliaires. Le ministère public est-il obligé d'y donner suite et de poursuivre? Sous l'empire de la loi du 29 septembre 1791 et sous celui du Code de l'an IV, le devoir d'agir, même en cas de simple plainte ou de simple dénonciation, était impérieusement prescrit aux officiers de police judiciaire[37]. L'article 47 du Code d'instruction criminelle pourrait faire supposer, par sa rédaction impérative, que, aujourd'hui encore, le ministère public est tenu de poursuivre tout crime ou tout délit qui lui est signalé. Cependant, il est certain que le législateur, en rédigeant ce texte, n'était nullement préoccupé du droit des parties privées vis-à-vis du ministère public, mais bien de la délimitation des pouvoirs du ministère public et du juge d'instruction. Ces expressions *sera tenu de requérir* doivent s'entendre, non pas de l'obligation pour le ministère public de commencer des poursuites contre tous les faits délictueux qui lui sont signalés, mais de la nécessité de faire commencer l'information, *lorsqu'il la juge nécessaire*, par le magistrat instructeur, et non de la commencer lui-même[38]. Il est, en effet, incontestable que ni la *dénonciation* d'un tiers, ni la *plainte* de la victime n'obligent le ministère public à agir; et cela doit être. D'une part, les plaignants et les dénonciateurs se bornent à signaler des faits, entendant rester étrangers à une poursuite dont ils veulent laisser l'initiative au ministère public. D'autre part, imposer à celui-ci le devoir de donner suite à une plainte ou à une dénonciation, sans pouvoir

[37] Voy. Loi des 16-29 sept. 1791, tit. V, art. 6 et 20, tit. VI, art. 3; C. 3 brumaire an IV, art. 90 et 97. Comp. Esmein, *op. cit.*, p. 422 et 442.

[38] Ce point ressort de la discussion au Conseil d'État. Comp. Locré, t. 25, p. 106 et suiv.; Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 17, p. 18 et 19. Cet auteur discute complètement la question.

Digitized by Google

en examiner le bien fondé, ce serait faire du ministère public l'agent passif des rancunes et des vengeances des particuliers, ce serait oublier que la poursuite s'exerce, au nom de la société, par des fonctionnaires auxquels elle est exclusivement confiée par la loi. Ainsi, en cas de simple plainte ou de dénonciation, l'indépendance du ministère public est complète (C. instr. cr., art. 1)[39].

Mais la victime d'une infraction peut aussi, soit dans la plainte, soit par tout autre acte, se constituer *partie civile*, c'est-à-dire soumettre à la juridiction répressive son action en réparation du préjudice dont elle a souffert par suite du délit. En ce cas, la partie civile ne se borne pas à dénoncer le fait dont elle est victime : elle demande à être indemnisée du préjudice qu'elle a éprouvé; elle *poursuit* une réparation; et

[39] Il suit de là que les officiers du ministère public peuvent classer sans suite les dénonciations et les simples plaintes qu'ils reçoivent. C'est une solution qui est unanimement admise. Voy. D. A., *Supplément*, v° *Procédure criminelle*, n° 100. Ce droit a été reconnu par un arrêt de la Cour de cassation du 6 déc. 1826 (*B. cr.*, p. 715), dans lequel on lit : « Le législateur n'a pu vouloir astreindre les officiers du ministère public à diriger des poursuites d'office et sans l'intervention des parties civiles sur toutes les plaintes, même les plus légères et les plus insignifiantes ». Le classement sans suite par le parquet des simples plaintes, nombreux chaque année, montre bien que le ministère public est libre de poursuivre ou de ne pas poursuivre. Parmi les affaires classées sans suite en général, il en est qui sont classées sans suite parce que leurs auteurs sont demeurés inconnus. Cette rubrique paraît en voie d'augmentation, ce qui est un phénomène inquiétant (64.112 en 1881-1885, contre 92.064 en 1896-1900). En effet, pour se rendre compte de l'état de la criminalité, il faut distinguer la *criminalité réelle*, c'est-à-dire les délits réellement commis, qu'il est impossible de connaître exactement, la *criminalité apparente*, comprenant les délits découverts ou signalés, et la *criminalité légale*, comprenant les délits punis dans leurs auteurs connus. La *criminalité apparente* est moindre que la *criminalité réelle* et la *criminalité légale* est également moindre que la *criminalité apparente*. L'impunité, manifestée par le classement sans suite, parce que les délinquants sont inconnus, montre combien il faut se défier des statistiques qui paraissent constater un mouvement d'arrêt dans la criminalité réelle. Voy. Tarde, *Les transformations de l'impunité* (*Réforme sociale*, 1898, p. 709 et suiv.); *La statistique criminelle des vingt dernières années* (*Rev. pénit.*, 1903, p. 158 à 178). Voy. la discussion ouverte sur ce dernier rapport : *Rev. pénit.*, 1903, p. 269 à 335.

Digitized by Google

comme son action a sa cause dans le *fait même* qui produit l'action publique, elle devient tout naturellement l'auxiliaire du ministère public. Si celui-ci a agi, elle *interviendra* dans la poursuite et pourra le faire en tout état de cause. S'il s'est abstenu, elle *commencera* elle-même le procès. Mais, ce qu'il faut remarquer, c'est qu'en saisissant la juridiction répressive de l'action civile qui lui appartient, elle met *nécessairement en mouvement l'action publique*, qui appartient à la société, lorsque cette action n'est pas intentée, de sorte que toute constitution de partie civile, dans notre système de législation, a pour effet de vaincre l'inertie du ministère public et de le forcer à agir.

Il faut reconnaître à la partie lésée le droit de donner la première impulsion à l'action publique, dans une première hypothèse qui ne donne lieu à aucune difficulté sérieuse.

Toute personne, lésée par un *délit* ou par une *contravention*, peut citer *directement* le prévenu devant le *tribunal de police correctionnelle* ou de *police simple* et obtenir, par cette voie, la réparation du préjudice dont elle a souffert (C. instr. cr., art. 145 et 182). Par cette *citation directe*, le tribunal de répression est saisi tout à la fois de l'action civile et de l'action publique, puisque la première ne peut être régulièrement portée devant les juridictions de répression qu'accessoirement à la seconde (C. instr. cr., art. 3)[40]. Sans doute, le ministère public aura seul, au cours des débats, l'*exercice* de l'action publique, seul, il pourra conclure, au point de vue de l'intérêt public, soit au renvoi, soit à la condamnation du prévenu; mais le tribunal de répression aura la faculté de prononcer une peine, encore que le ministère public ait conclu au renvoi du prévenu, ou même n'ait pas conclu du tout, car le tribunal est régulièrement saisi[41].

[40] Comp. Cass., 11 août 1881 (S. 82. 1. 142); 7 déc. 1854 (motifs de l'arrêt) (S. 55. 1. 73); 3 juill. 1852 (D. 52. 1. 224). Voy. D. A., *Supplément*, v° *Procédure criminelle*, n° 92.

[41] On a soutenu, il est vrai, que la citation directe de la partie lésée ne saisissait le tribunal de répression que sous la *condition* de conclusions à prendre par le ministère public : Le Sellyer, *Actions publique et privée*, t. 1,

Digitized by Google

Pour préciser les droits et les devoirs du ministère public lorsque l'action publique a été mise en mouvement par la citation de la partie lésée, il faut se placer, soit en face d'une citation régulière, soit en face d'une citation entachée de quelque irrégularité.

Le premier cas est simple. Deux règles doivent être formulées : 1° Le ministère public doit donner ses conclusions ou être mis en demeure de les donner, et le jugement doit constater, à peine de nullité, soit que le ministère public a été entendu, soit que, ayant été mis en demeure de conclure, il s'y est refusé ; 2° Mais il n'est pas indispensable que les conclusions du ministère public tendent à l'application de la peine; et le tribunal, saisi par la citation de la partie civile, peut prononcer la peine encourue pour les faits qui lui sont déférés, alors même que le ministère public aurait conclu à l'acquittement, ou s'en serait rapporté à la justice. A plus forte raison, le tribunal pourrait-il condamner si le ministère public avait refusé de conclure[42].

n°s 70 et suiv. Si cette opinion était fondée, il en résulterait, non seulement que le tribunal de répression ne pourrait prononcer aucune peine contre le prévenu dans le silence du ministère public, mais même qu'il deviendrait incompétent pour statuer sur les intérêts civils. Cette conséquence, qui n'a pas été aperçue par l'auteur dont nous combattons l'opinion, suffit pour condamner son système, car le droit de la partie lésée serait illusoire, s'il était à la discrétion absolue du ministère public. L'erreur dans laquelle est tombé cet auteur consiste à confondre deux choses distinctes : *l'exercice de l'action publique*, qui appartient exclusivement au ministère public, et *le droit de la mettre en mouvement*, qui appartient à la partie lésée, comme au ministère public, en cas de *délit* ou de *contravention*. Sur la question : Faustin Hélie, *op. cit.* t. 1, n° 518; Hoffman, *Traité des questions préjudicielles*, t. 1, n° 16; Trébutien, *op. cit.*, t. 2, n° 40. Le droit de citation directe est un droit précieux dont on peut faire abus comme moyen de persécution et de chantage. Faut-il le supprimer? Ce serait un remède pire, à notre avis, que le mal. Une réforme qui consisterait à dispenser, dans tous les cas, le prévenu sur citation directe de partie civile de l'obligation de comparaître en personne (Cf. A. Poulle, *Des abus de la citation directe*, in-8°, 1886), donnerait satisfaction à tous les intérêts.

[42] Dès son arrêt du 17 août 1809 (*B. cr.*, n° 141), la Cour de cassation a jugé que lorsqu'un tribunal de police met en demeure l'officier du minis-

Digitized by Google

Dans le second cas, l'irrecevabilité de la citation directe peut tenir, soit à un défaut de qualité du demandeur, soit à un vice de la citation elle-même : 1° Pour que le tribunal soit valablement saisi, il faut évidemment que le plaignant ait qualité pour le faire. Si donc celui-ci est déclaré irrecevable dans son action, en l'absence d'un intérêt suffisant par exemple, la citation de la partie civile devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police, inefficace pour saisir la juridiction de l'action civile, le sera également pour lui déférer l'action publique. En d'autres termes, pour que la citation directe de la partie poursuivante ait pour effet de mettre en mouvement l'action publique, il faut qu'elle émane de quelqu'un ayant qualité pour exercer l'action civile[43]. Et l'intervention du ministère public aux débats ne changerait rien à la situation[44]. 2° Il faudrait donner la même solution, dans le cas où l'irrecevabilité de l'action de la partie lésée, au lieu de provenir d'un défaut de qualité, proviendrait d'un vice de forme rendant la citation nulle. Le tribunal, irrégulièrement saisi de l'action civile comme de l'action publique, serait sans pouvoir pour statuer sur l'une comme sur l'autre[45].

III. Le fait par le plaignant de se porter partie civile et d'offrir de consigner telle somme que le ministère public jugera convenable, ne suffit pas pour contraindre ce dernier à poursuivre. Le ministère public est indépendant, et nul ne

tère public, présent à l'audience, de donner des réquisitions pour la condamnation ou pour l'acquittement, si ce magistrat refuse de déférer à son invitation, le tribunal n'en doit pas moins prononcer son jugement et sur l'action publique et sur l'action civile.

[43] Voy. Cass., 20 août 1847 (S. 47. 1. 852); 14 févr. 1852 (D. 52. 5. 12); 25 nov. 1882 (S. 83. 1. 141) et la note 9.

[44] Cependant, certains arrêts ont décidé que le rejet, pour défaut de qualité ou d'intérêt, de l'action civile, introduite par la partie lésée, ne saurait avoir pour résultat d'arrêter ou de suspendre l'exercice de l'action publique si le ministère public s'est approprié la poursuite. Voy. par exemple : Pau, 17 mars 1854 (D. 54. 2. 219); Alger, 7 avr. 1870 (D. 70. 2. 279), et surtout, Cass., 7 juin 1867 (*B. cr.*, n° 141); Nimes, 20 nov. 1902 (D. 1904. 2. 127).

[45] Voy. Cass., 7 déc. 1851 (D. A., *Supplément*, v° *Proc. crim.*, n° 256, note 1).

Digitized by Google

saurait l'obliger à prendre l'initiative du procès s'il ne croit pas devoir le faire. Mais toute personne, lésée par un crime ou par un délit, peut, aux termes de l'article 63 du Code d'instruction criminelle, en porter plainte et se constituer, dans la plainte, *partie civile devant le juge d'instruction*. En agissant ainsi, elle saisit le juge de l'action civile, ce qui ne peut avoir lieu, qu'autant que l'action publique lui est, en même temps, soumise : car, en vertu de l'article 3 du Code d'instruction criminelle, la première doit être exercée simultanément avec la seconde devant les juridictions répressives. La partie lésée provoque donc une *information* et, par suite, une *décision* du juge d'instruction. A la vérité, celui-ci est obligé de communiquer la plainte, dans laquelle la victime de l'infraction se constitue partie civile, au procureur de la République, avant de commencer l'instruction (C. instr. cr., art. 70). Le procureur de la République peut prendre, en pleine liberté, les réquisitions qui lui conviennent; conclure même à l'abstention de poursuites qu'il juge mal fondées. Mais, quelles que soient ses réquisitions, le juge d'instruction, qui est définitivement saisi de l'*action publique* par la partie civile, doit commencer l'information et rendre une décision, alors même que le procureur de la République est d'avis qu'il n'y a pas lieu d'informer[46]. Si le juge d'instruction rend une

[46] Une école, jalouse des prérogatives du ministère public, a voulu lui réserver le droit exclusif de *requérir une instruction*. Avec ce système, on arrive au double résultat que voici : 1° D'une part, on amoindrit la portée de l'article 67 du Code d'instruction criminelle, qui ouvre au plaignant le droit de se constituer partie civile, « en tout état de cause », et on se met en contradiction avec l'article 63, qui permet au plaignant de se constituer partie civile « devant le juge d'instruction ». 2° D'autre part, on crée une véritable impossibilité à la constitution de partie civile en *matière criminelle*, puisque, avec cette solution, la victime d'un crime, qui ne peut citer directement l'accusé devant la cour d'assises, se voit enlever le droit de provoquer une information. Dans les actions nombreuses et diverses auxquelles a donné lieu, en 1880, la dispersion administrative des communautés religieuses, il semble que la majorité des tribunaux soit revenue à une plus saine appréciation de la loi. Des juges d'instruction ont commencé à instruire sur la plainte de religieux expulsés, malgré les conclusions d'abstention des procureurs de

Digitized by Google

ordonnance portant refus d'informer, la partie civile aura le droit de faire opposition à sa décision devant la chambre d'ac-

la République ; sans doute, ils ont été dessaisis, mais par des considérations juridiques qui ne portaient pas sur le fond du droit dont ils sont investis par la loi. Voy. notamment : Cass., 12 mai 1881 (quatre arrêts) (S. 53. 1. 185). Le devoir d'un juge d'instruction de rendre décision sur une plainte contenant constitution de partie civile, sauf le droit d'opposition du procureur de la République, ou de la partie civile devant la chambre d'accusation, est une garantie essentielle de l'intérêt privé qu'il importe de conserver intacte. Qu'on le remarque bien, cette doctrine n'est pas, comme on l'a dit, une doctrine de circonstances : elle était enseignée, avant 1880, par d'éminents jurisconsultes : Ortolan, t. 2, n° 2191 ; Faustin Hélie, t. 1, n^os 519 et suiv.; Haus, t. 2, n° 1142. Comp. dans ce même sens : Boullaire, *Gazette des Tribunaux*, 1^er février 1881 ; Alb. Desjardins, *Revue critique*, 1881, p. 192 ; S. 82. 3. 58, note 3 ; Bordeaux, 22 déc. 1881 (S. 82. 3. 57). Elle est, du reste, dans les traditions et conforme aux idées émises dans la discussion du Code de 1808 (V. Locré, t. 25, p. 147). En effet, sous le Code de brumaire an IV, les plaintes et dénonciations régulières rendaient leurs auteurs *parties* au procès pénal. Le juge de paix, qui remplissait à cette époque les fonctions de juge d'instruction, était tenu d'informer et de décerner le mandat que les parties requéraient, sinon celles-ci étaient autorisées à appeler de son refus devant la juridiction du second degré. Le Code d'instruction criminelle a réduit la dénonciation à la valeur de simples renseignements. Et, en distinguant la plainte simple de la constitution de partie civile, ce Code a assimilé la plainte à la dénonciation, mais en donnant à la constitution de partie civile l'effet de rendre le plaignant *partie* au procès. Il faut reconnaître, du reste, qu'en 1880, la question se compliquait d'une autre difficulté, relative à l'application des articles 479 et suiv. du Code d'instruction criminelle aux crimes commis par certains fonctionnaires, le droit de poursuite du procureur général excluant, dans ce cas particulier, la mise en mouvement de l'action publique par la partie civile. V. Cass., 1^er mai 1881 (S. 80. 1. 185) ; 4 juill. 1884 (S. 85. 1. 393) ; 4 juill. 1894 (S. 94. 1. 49). La question est examinée, d'une manière complète, par A. Guillot, *Des principes du nouveau Code d'instruction criminelle* (p. 67 et 89). D'après le texte du projet de loi portant revision du Code d'instruction criminelle, tel qu'il avait été voté par le Sénat, le juge d'instruction ne pouvait jamais ouvrir une information, sans avoir été requis par le procureur de la République. C'était un retour déplorable au système inquisitoire pur. Comp. Alb. Desjardins, *Le juge d'instruction et le ministère public dans le nouveau Code d'instruction criminelle* (*La France judiciaire*, 1883, p. 250). Dans le système du Sénat, le juge agissait, lorsqu'il recevait une plainte contenant constitution de partie civile, non comme juge, mais comme officier de police judiciaire. Son rôle consistait à recevoir la plainte et à la transmettre au parquet. On

Digitized by Google

cusation qui, saisie de l'affaire par cette opposition, pourra user de la faculté que lui confère l'article 235 du Code d'instruction criminelle, c'est-à-dire *ordonner des poursuites*, informer ou faire informer. Si le juge s'abstient de toute décision, il peut être pris à partie pour déni de justice.

En l'état actuel du droit positif français, le juge d'instruction peut donc être saisi de trois manières : 1° par un réquisitoire du ministère public; 2° par le fait lui-même lorsqu'il est flagrant; 3° par une plainte contenant constitution de partie civile. Dans ce dernier cas, si le juge d'instruction est obligé de communiquer la plainte au parquet, le procureur de la République, de son côté, est tenu de prendre telles réquisitions qu'il appartiendra : après quoi, le juge devra statuer en appréciant la plainte. Les garanties contre les accusations téméraires se trouvent — et elles sont suffisantes, — dans l'obligation de supporter les frais et dans le danger d'être exposé à des dommages-intérêts en cas d'échec[47]. Reconnaître à la partie lésée le droit de provoquer une information, ce n'est pas « encourager des scandales inutiles, de honteux chantages et de basses vengeances », c'est ouvrir à l'intéressé l'accès de la justice répressive. Il y a deux cas, en effet, où la victime est dans l'impossibilité d'agir au criminel, si on lui enlève le droit de saisir le juge d'instruction : c'est le cas, pour les crimes, qui

a pu dire qu'une « boîte aux lettres » ferait tout aussi bien l'affaire. La Commission de la Chambre des députés (1887), avait adopté, du reste, la doctrine contraire. Sur cette question et sur les effets de la plainte en général et les réformes désirables : Demogue, *De la plainte de la partie lésée au juge d'instruction* (*Rev. pénit.*, 1900, p. 451 et 465).

[47] Il faut évidemment se préoccuper des abus, soit de la constitution de partie civile devant le juge d'instruction, soit de la citation directe devant les tribunaux répressifs. Mais il nous semble que les diverses sanctions civiles et pénales sont suffisantes pour les prévenir. Voy. sur la citation directe faite de mauvaise foi, ou même légèrement : Cass., 12 févr. 1895 (S. 97. 1. 258); 25 mars 1898 (S. 99. 1. 296). La proposition de M. Bozérian au Sénat, punissant cet abus d'une amende de 100 à 10.000 francs, proposition prise en considération le 16 avril 1886 (*Lois nouvelles*, 86. 4. 72 et 112), nous paraît excessive. La sanction pénale de la dénonciation calomnieuse est suffisante.

Digitized by Google

ne peuvent être jugés par la cour d'assises qu'après une instruction et sur renvoi de la chambre d'accusation ; c'est le cas, pour les poursuites contre inconnus, puisqu'on ne peut délivrer de citation et qu'il faut, auparavant, déterminer, au moyen d'une instruction, l'auteur ou les auteurs du délit.

153. Devant les tribunaux de répression, l'exercice et la direction de l'action publique appartiennent exclusivement au ministère public : lui seul prend des réquisitions, soit en vue de l'instruction de l'affaire, soit en vue du jugement et de l'application de la peine. Nul ne peut le suppléer à cet égard ; et toute juridiction doit, avant de rendre un jugement, provoquer et attendre ses réquisitions (C. instr. cr., art. 61, 70, 127, 153, 190, 210, 224, 271, 273, 276, 277, ancien art. 287, art. 335, 362), même dans le cas où l'action a été mise en mouvement par d'autres que par lui. Mais là s'arrêtent les exigences de la loi. Si le tribunal ne peut statuer qu'après avoir pris l'avis du ministère public, il peut, en toute indépendance, soit ordonner les mesures d'instruction qu'il croira devoir prendre, soit accepter ou rejeter les conclusions du ministère public. Le point important est donc de savoir qui a le droit de saisir le tribunal, car le tribunal, dès qu'il est saisi et par cela seul qu'il est saisi, est investi du droit de rechercher la vérité par tous les moyens que la loi met à sa disposition.

154. Lorsqu'une décision est intervenue sur l'action civile et l'action publique « poursuivies en même temps et devant les mêmes juges », l'indépendance des deux actions est complète, en ce double sens que le recours du ministère public conserve l'action publique sans profiter à l'action civile et que, à l'inverse, le recours de la partie civile conserve l'action civile sans profiter à l'action publique. Nous suivrons plus loin l'application de ce régime aux divers recours : opposition aux jugements par défaut, appel, pourvoi en cassation.

Cette règle admet cependant une exception pour les recours que la partie civile est autorisée à exercer contre les ordon-

Digitized by Google

nances ou arrêts des juridictions d'instruction [48]. A quoi lui servirait, en effet, d'obtenir la réformation ou la cassation de ces décisions, si la voie de recours ne devait pas aboutir à un renvoi des deux actions devant la juridiction de jugement, puisque cette juridiction ne peut valablement être saisie de l'action civile sans l'être en même temps de l'action publique?

§ XXVI. — DES CAS OU LE MINISTÈRE PUBLIC N'A PAS LA FACULTÉ D'EXERCER L'ACTION PUBLIQUE.

155. De l'action d'office. Principe. Exceptions. Des obstacles qui s'opposent à l'exercice de l'action publique. — **156.** Renvoi pour l'étude des questions préjudicielles. Plainte ou dénonciation de la partie lésée. Autorisation préalable.

155. Étant données ces deux choses : une *loi* en vigueur, prévoyant un délit, un *fait* punissable sur le territoire, l'action pénale, contre les auteurs et les complices de ce fait, est légitime et doit être exercée sans autre examen et sans autre condition. C'est le système de la *légalité* de l'action publique, par opposition à celui de son *opportunité*. Mais les contingences humaines ou sociales accoutumées, qui attribuent un certain caractère de relativité à toutes les institutions juridiques, et qui, à côté de toute règle, posent des exceptions, s'appliquent même en cette matière. Certains obstacles, tenant au fait (*réelles*), ou tenant aux personnes (*personnelles*), s'opposent à l'exercice de l'action publique, soit d'une manière temporaire, soit d'une manière permanente. Dans certaines circonstances, en effet, la loi *suspend* l'action publique ; dans d'autres, elle la *supprime* ou la *déclare éteinte*.

1. L'action publique rencontre un *obstacle temporaire*, qui s'oppose à son exercice : 1° quand elle est subordonnée à la nécessité d'une *plainte* de la partie lésée ; 2° quand elle est subordonnée à une *autorisation* ou à une *dénonciation* préalable ; 3° quand elle est arrêtée par une *question préjudi-*

[48] Voy. Cass., 29 mars 1878 (S. 79. 1. 93). Comp. Cass., 8 févr. 1855 (D. 55. 1. 90); 9 juil. 1904 (*Gaz. Trib.*, n° du 16 nov. 1904). On lira les observations faites dans la *Rev. pénit.*, 1905, p. 383.

Digitized by Google

cielle à l'action ; 4° quand elle est suspendue par l'état de *démence* de l'inculpé.

II. L'action publique est *irrecevable d'une manière absolue*, lorsque le fait, bien que constituant une infraction, ne donne pas ou ne donne plus ouverture à l'action publique. Les causes d'extinction de l'action publique formant l'objet d'un titre particulier, nous nous bornerons, ici, à indiquer les faits délictueux pour lesquels la loi supprime l'action publique, et, par suite, l'application de la peine. Ces faits sont : 1° les soustractions commises entre époux ou proches parents (C. pén., art. 380) ; 2° les infractions commises sur notre territoire par des agents diplomatiques accrédités auprès du gouvernement français, ou par toute autre personne jouissant de l'immunité de juridiction ; 3° le rapt, lorsque la validité du mariage contracté entre le ravisseur et la fille enlevée a été reconnue par le tribunal civil.

156. La théorie des questions préjudicielles se rattache à celle de la compétence. C'est en traitant de l'organisation et de la compétence des juridictions répressives que nous l'étudierons. La démence de l'inculpé, survenue depuis l'infraction, est un obstacle de fait qui s'oppose à toute procédure tendant à le convaincre de son crime et à le juger. Et la raison en est qu'un fou ne peut se défendre. Les seuls cas où l'action publique est, quant à son exercice, soumise à certaines conditions préalables et légales, en dehors de l'existence de questions préjudicielles, sont au nombre de deux : 1° plainte ou dénonciation de la partie lésée ; 2° autorisation préalable.

§ XXVII. — DES CAS OU L'ACTION PUBLIQUE EST, QUANT A SON EXERCICE, SUBORDONNÉE A UNE PLAINTE OU A UNE DÉNONCIATION PRÉALABLE.

157. Les cas où l'action publique est subordonnée, dans son exercice, à une plainte ou à une dénonciation, sont limitativement déterminés par la loi. En dehors des textes, le principe, c'est l'action d'office. — **158.** Énumération de ces cas exceptionnels. — **159.** Origine historique de ce système. Droit romain. Ancien droit. Droit intermédiaire. Droit actuel. — **160.** Raisons d'être de ces exceptions au

Digitized by Google

principe de l'action d'office. — **161.** La plainte, base de l'action, est-elle soumise à une forme particulière? discussion et application de l'idée que ce qui est nécessaire et suffisant, c'est que la plainte soit écrite et manifeste l'intention certaine du plaignant de provoquer la poursuite. — **162.** Du retrait de la plainte. Désistement. Son effet. Exception pour le cas d'adultère ou de certains délits de presse. — **163.** Étude et classement des divers cas où l'exercice de l'action publique est subordonné à une plainte ou dénonciation préalable. Adultère. Rapt. Délits de chasse. Délits de pêche. Délits des fournisseurs. Contrefaçon industrielle. Diffamation et injures. Délits commis en pays étranger. — **164.** Appréciation de ce système. Législations étrangères. Pratique. Réformes.

157. Le droit français moderne dégage l'action publique de tous les intérêts particuliers. Cette conception a deux conséquences corrélatives.

D'abord, les deux actions, publique et civile, sont indépendantes. Les transactions, renonciations, tractations, qui ont pu intervenir entre la partie lésée et le coupable, restent sans influence pour arrêter ou paralyser l'exercice de l'action publique[1].

Puis, l'action publique *peut être exercée d'office*, sans que le ministère public ait à attendre d'être saisi d'une plainte ou d'une dénonciation. Ce droit ou cette prérogative constitue un principe général qui ne saurait souffrir d'exceptions qu'en vertu d'une disposition *légale* et *formelle*[2].

§ XXVII. [1] Le projet de l'article 4 du Code d'instruction criminelle, soumis au Conseil d'État, était ainsi conçu : « La renonciation à l'action civile ne peut arrêter, ni suspendre la poursuite d'une contravention ou d'un délit, *lorsqu'ils sont de nature à blesser l'ordre public* ». Au cours de la discussion (Locré, t. 24, p. 109), on fit remarquer, d'une part, combien cette rectriction soulèverait de difficultés d'espèces, et, d'autre part, combien elle était contraire à la conception du délit qui est essentiellement un fait troublant l'ordre public. C'était la résurrection des *délits privés*.

[2] « Les exceptions à ce principe (d'après lequel l'action publique peut être exercée, sans avoir été provoquée par la partie lésée), ne peuvent résulter que de la loi; comme toute exception, elles ne peuvent être étendues à d'autres cas que ceux pour lesquels elles ont été formellement établies, et leur effet ne doit pas aller au delà des limites que la loi leur a fixées ». Mangin, *Actions*, t. 1, n° 131. Cfr. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 2, n° 732; Le Sellyer, *Traité de l'exercice et de l'extinction*, etc., t. 1, n° 288; Victorien Descroix, *Des cas où l'exercice de l'action publique est subordonné à la plainte de la partie lésée* (Th. doct., Paris, 1888), p. 76; Robert, *Du droit des particuliers dans l'exercice de l'action publique*, p. 78 et suiv. La juris-

Digitized by Google

158. Les infractions, pour lesquelles la loi laisse à la partie lésée l'appréciation de l'opportunité de la poursuite, sont au nombre de huit. Ce sont : 1° l'*adultère* (C. pén., art. 336 et 339); 2° la *diffamation* et l'*injure* (L. 29 juill. 1881 sur la presse, modifiée par la loi du 16 mars 1893, art. 47 et 60), sauf en ce qui concerne le chef de l'État français et les ministres; 3° le *délit de chasse,* consistant à chasser en temps non prohibé sur le terrain d'autrui, sans la permission du propriétaire, pourvu qu'il ne s'agisse pas de terrains chargés de récoltes ou d'enclos attenant à une habitation (L. 3 mai 1844 sur la chasse, art. 26); 4° les *délits de pêche* dans les cours d'eau dont la pêche a été affermée (L. 15 avr. 1829, art. 65; L. 31 mai-8 juin 1865, art. 14); 5° le délit de *contrefaçon en matière de brevet d'invention* (L. 5 juill. 1844, art. 15); 6° les *délits correctionnels commis par un Français à l'étranger* (C. instr. cr., art. 5, al. 4, modifié par la loi du 27 juin 1866); 7° le crime de *rapt de mineur*, suivi de mariage; 8° les délits des fournisseurs prévus par les articles 430 à 433 du Code pénal.

Dans ces divers cas, nous entendons par *plainte,* une déclaration par laquelle la victime d'un délit *lato sensu* en fait l'exposé à un officier de police judiciaire pour que l'auteur en soit poursuivi.

Quelle est l'origine historique de ce système?

Quel en est le fondement rationnel?

Ce sont là deux questions préliminaires qu'il faut examiner, avant de déterminer les deux points généraux suivants : les

prudence est conforme à l'opinion unanime des auteurs. Ainsi, il a été jugé qu'en matière de contravention de police, l'absence de plainte, même attestée par le rédacteur du procès-verbal, n'est pas un obstacle à la poursuite de la contravention par le ministère public (Cass., 31 juill. 1862, D. 67. 5. 476). Il a été jugé que le ministère public a qualité pour poursuivre d'office et sans plainte préalable le délit de mise en circulation en France d'objets portant une fausse indication de leur lieu de fabrication (Cass., 27 févr. 1880, D. 80. 1. 434). En matière « d'escroquerie, l'action du ministère n'est pas subordonnée à une plainte préalable de la partie lésée » (Cass., 23 nov. 1901, D. 1904. 1. 571). Voy. également : Cass., 15 juin 1893 (D. 95. 1. 496). 3 nov. 1894 (D. 96. 1. 54).

Digitized by Google

formes et les effets de la plainte ou de la dénonciation lorsqu'elle est requise.

159. Le droit romain, dont le système est actuellement remis en lumière et préconisé par quelques novateurs, distinguait et séparait : 1° les *délits publics*, intéressant la chose publique, pouvant être poursuivis par tous citoyens et jugés par des tribunaux répressifs; 2° les *délits privés*, tels que le *furtum*, l'*injuria*, poursuivis par les parties intéressées, jugés par les juridictions civiles. C'est à propos des premiers, pour lesquels le droit d'accusation était accordé à tous les citoyens aussi bien qu'aux parties intéressées, qu'étaient nées deux restrictions au principe général, l'une pour le crime de supposition de part[3], l'autre pour l'adultère[4].

Ces deux restrictions passèrent dans notre ancien droit. L'ordonnance de 1670 (tit. XXV, art. 19) enjoignait, il est vrai, aux procureurs du roi, et à ceux des seigneurs, « de pour-« suivre incessamment ceux qui seront prévenus de crimes « capitaux, ou auxquels il écherra peine afflictive, nonobstant « toutes transactions et cessions de droits faites par les par-« ties. Et à l'égard de tous les autres, seront les transactions « exécutées, sans que nos procureurs ou ceux des seigneurs « puissent en faire aucune poursuite ». Mais cette distinction, admise entre les infractions graves, donnant lieu à une poursuite d'office, et les infractions moins graves, laissées aux soins des particuliers, conduisit les juristes, en l'absence cependant de toute disposition restrictive dans les ordonnances, à ressusciter les deux exceptions[5] et à y ajouter quelques autres cas[6].

[3] Loi 30, § 1, Dig., *de lege Cornelia de falsis*, XLVIII, 10 : « De partu supposito soli accusant parentes aut hi ad quos ea res pertineat, non quilibet ex populo est publicam accusationem intendat ». Et un autre texte d'Ulpien en donnait la raison (Loi 1, § 3, Dig., *de insp. ventri*, XXV, 4) : « Publice interest partus non subjici ut ordinum dignitas familiarumve salva sit ».

[4] Pour l'adultère : Esmein, *Mélanges de droit*, p. 168.

[5] Voy. Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, p. 269.

[6] Les officiers publics, dit Jousse (*Instr. crim.*, p. 198), ne sont pas reçus à accuser lorsqu'il s'agit d'injures et d'affaires légères.

Digitized by Google

Le droit intermédiaire, en accordant la faculté de poursuivre, soit aux parties lésées, soit aux officiers de police judiciaire, donnait à ces derniers la pleine et entière disposition de l'action publique. Le Code de brumaire an IV, disait, dans son article 4 : « Tout délit donne essentiellement « lieu à une action publique »; et dans son article 100 : « Toutes les fois qu'un juge de paix apprend, soit par une « dénonciation ou une plainte, *soit autrement*, qu'il a été « commis dans son arrondissement un délit de nature à être « puni soit d'une amende au-dessus de la valeur de trois « journées de travail, soit d'un emprisonnement de plus de « trois jours, soit d'une peine afflictive ou infamante, il est « tenu, *sans attendre aucune réquisition*, de faire ses dili- « gences pour s'assurer du fait, découvrir le coupable et le « faire comparaître devant lui ».

Le Code d'instruction criminelle, tout en effaçant la distinction des délits publics et des délits privés, est revenu au système de notre ancien droit. Aujourd'hui, toute infraction est de même nature au point de vue de l'action. Et l'action publique, en découlant, peut être intentée d'*office*, sous réserve d'un petit nombre de cas dans lesquels la loi exige la plainte de la partie lésée préalablement à sa mise en mouvement.

160. On peut classer, sous deux ordres différents d'idées, les motifs qui ont fait subordonner l'exercice de l'action publique à cette condition. Dans certains cas, le législateur se préoccupe, soit de l'intérêt, de la paix et du repos des familles, qu'il ne faut pas troubler par des poursuites indiscrètes, soit de l'honneur et de la considération des personnes, qui ont souvent plus à perdre qu'à gagner à un procès pénal. Dans d'autres, il considère qu'il s'agit d'infractions qui blessent surtout l'intérêt privé et que l'intérêt public est si légèrement atteint qu'il convient de ne pas intenter l'action tant que la partie lésée n'a pas provoqué la poursuite.

161. Lorsque la poursuite peut avoir lieu d'office, il est sans intérêt comme sans utilité de se préoccuper de la forme

Digitized by Google

de la plainte ou de la dénonciation qui a mis en mouvement l'action du parquet : le ministère public, en effet, a le droit d'agir, dans ce cas, de quelque manière et dans quelques conditions qu'il ait acquis la connaissance de l'infraction. La poursuite d'office a pour caractère essentiel de n'être subordonnée à aucune condition de fond ou de forme. En est-il de même lorsque la poursuite ne peut avoir lieu qu'après une plainte ou une dénonciation? Les articles 31 et 63 du Code d'instruction criminelle indiquent, tout à la fois, les officiers de police judiciaire compétents pour recevoir une plainte ou une dénonciation et les formes mêmes dans lesquelles ces actes sont rédigés. On a soutenu que, dans tous les cas où elle est exigée pour que la poursuite puisse avoir lieu, la plainte ou la dénonciation doit être *régulière*, c'est-à-dire adressée au fonctionnaire compétent pour la recevoir, écrite et signée conformément aux prescriptions des articles 31 et 63 : car la plainte ou la dénonciation est alors la *base* même de l'action[7]. Mais cette condition nous semble exagérée. Ce qui est à la fois nécessaire et suffisant, c'est que le ministère public justifie qu'il a été saisi, avant d'agir[8], d'une pièce quelconque, établissant l'*intention* formelle, et non équivoque, du plaignant ou du dénonciateur de provoquer des poursuites[9]. Or, la ma-

[7] Voy. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 2, nos 751 et suiv.; Haus, *op. cit.*, t. 2, nos 1158 et 1159; Laborde, n° 192, p. 211; Villey, *Précis* (6e édit.), p. 189.

[8] L'action n'est, en effet, recevable que si elle est précédée d'une plainte ou d'une dénonciation *préalable à son exercice*. Ainsi, il a été jugé (Cass., 18 janv. 1861, D. 61. 1. 186), qu'il n'est pas nécessaire que la plainte soit datée. Mais, dans ce cas, il faut bien qu'il soit établi, en fait, que la plainte a précédé l'exercice de l'action publique. Voy. également : Angers, 9 mars 1891 (*J. des Parq.*, 1891. 2. 73).

[9] La jurisprudence française paraît être établie dans ce sens. Voy. en matière de diffamation : Cass., 29 mai 1886 (S. 87. 1. 337); Cass., 8 janv. 1892 (D. 92. 1. 629). *Sic*, Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 2, n° 1937; Barbier, *Code expliqué de la presse*, t. 2, n° 865; G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, t. 3, n° 1270. En matière de délit de chasse : Caen, 5 janv. 1871 (D. 71. 1. 170). — Il en est de même de la jurisprudence belge : Cass. belge, 3 mars 1890 (*Pasicrisie*, 1890. 1. 103), bien que Haus (*Principes du droit pénal belge*, t. 2, n° 1158), soit d'un avis contraire.

Digitized by Google

nifestation de cette volonté n'est soumise à aucune condition spéciale, pourvu qu'elle se produise sous une forme qui permette d'en constater l'existence, ou qui laisse à la Cour de cassation les moyens d'exercer son droit de contrôle.

I. Ceci posé, la plainte, qu'elle émane d'une personne publique ou d'un simple particulier, doit être faite par écrit[10] et révéler l'intention de son auteur de mettre en mouvement l'action publique. Dès que cette double condition est remplie, il est satisfait à la loi.

Mais, il y a lieu de remarquer : 1° Qu'en matière de diffamations ou injures adressées aux cours et autres corps énumérés en l'article 30 de la loi du 29 juillet 1881, l'article 47, § 1 de cette loi exige que si ce corps a une assemblée générale, une *délibération* soit prise par ladite assemblée pour requérir des poursuites; mais cette délibération n'est pas plus soumise que la plainte à une forme spéciale et déterminée ; 2° Que, dans le cas d'offense envers les chefs d'État, ou d'outrage envers les agents diplomatiques étrangers, la poursuite, si elle n'a pas lieu à leur requête, se fait d'office, sur leur demande adressée au ministre des affaires étrangères et par celui-ci au ministre de la justice (L. 29 juill. 1881, modifiée par la loi du 16 mars 1893, art. 60) [11].

Dans tous les cas, l'action civile, intentée par la partie lésée, devant la *juridiction civile*, n'équivaut pas à une plainte et ne rend pas le ministère public recevable à intenter des poursuites. En effet, lorsque la loi subordonne l'exercice de l'action publique à une plainte ou à une dénonciation, elle veut que la volonté de la partie lésée de faire punir le coupable soit constatée d'une manière certaine. Or, par cela seul et par cela même que la partie lésée porte son action devant les

[10] Il est évident qu'une plainte verbale, dont on ne pourrait démontrer la réalité que par des déclarations ou des témoignages, serait insuffisante. Mais la Cour d'Angers, dans l'arrêt précité du 9 mars 1891, a décidé que, si la plainte écrite avait été détruite par suite d'un accident ou d'un cas fortuit, le ministère public pouvait être admis à établir, par tous modes de preuve, qu'une plainte régulière lui avait été remise en temps utile.

[11] Sur tous ces points : G. Le Poittevin, *op. cit.*, n° 1256.

Digitized by Google

tribunaux civils, elle manifeste l'intention de ne pas user du droit d'option devant la juridiction répressive que lui reconnaît, dans tous les cas, l'article 3 du Code d'instruction criminelle [12].

II. La plainte ou la dénonciation qui relève le ministère public de l'obstacle paralysant son action, doit être adressée au fonctionnaire, ayant qualité pour la recevoir, c'est-à-dire au procureur de la République, au procureur général, aux officiers auxiliaires de police judiciaire. Les plaintes portées directement au procureur général ou aux officiers auxiliaires sont transmises au procureur de la République (C. instr. cr., art. 64 et 275). Une plainte, adressée à un fonctionnaire incompétent pour la recevoir, tel qu'un garde champêtre, ne saurait prouver une intention sérieuse et certaine de provoquer une poursuite [13]. La plainte peut également se présenter sous forme de citation directe, dans le cas où la loi autorise cette manière de procéder. Dans ce cas, en effet, l'action publique se trouve mise en mouvement par le fait même de la partie lésée.

162. Dès que la plainte ou la dénonciation existe, le ministère public reprend sa complète indépendance à l'occasion du *délit* même qui en a été l'objet : il demeure donc libre de ne pas agir ; et, s'il agit, il peut exercer l'action contre tous ceux qui ont participé au délit, qu'ils soient ou non visés dans la plainte, et alors même qu'ils en auraient été exclus par le plaignant, et cela sans avoir besoin du concours ultérieur de ce dernier. La seule condition à laquelle était subordonnée l'action publique se trouve, en effet, remplie : nous sortons de l'exception pour rentrer dans la règle.

En conséquence : 1° Lorsqu'un jugement est intervenu sur l'action publique, le ministère public peut s'arrêter, ou

[12] Cette solution n'est contredite que par Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 132. Mais elle est adoptée par toute la doctrine. Comp. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 2, n° 754; Haus, *op. cit.*, t. 2, n° 1159.

[13] C'est, en effet, la véritable raison pour laquelle la pseudo-plainte n'aurait aucune efficacité.

Digitized by Google

interjeter appel ou se pourvoir en cassation sans nouvelle plainte de la partie intéressée. S'il accepte le jugement ou l'arrêt, la victime du délit, à condition toutefois qu'elle se soit constituée partie civile, peut bien appeler ou se pourvoir, mais en ce qui concerne ses intérêts civils seulement. L'action publique, en effet, ne lui appartient pas: elle a pu, en quelque sorte, la retenir par cela seul qu'elle s'est abstenue de porter plainte, mais dès qu'elle s'est adressée au ministère public et l'a mis à même d'agir, le ministère public a seul qualité pour exercer l'action publique, c'est-à-dire pour conduire cette action jusqu'au jour du jugement définitif. Qu'on ne s'y trompe pas, en effet, même dans les cas où l'action publique est subordonnée à une plainte ou à une dénonciation, il n'en résulte pas que le ministère public ou la partie civile changent de rôle dans le procès pénal : le ministère public reste toujours le délégué exclusif de l'accusation; la partie lésée ne figure dans l'instance que pour ce qui regarde ses intérêts civils et au même titre que dans toute autre instance. C'est une règle que nous appliquons en France dans tous les cas, même à celui du mari poursuivant en un procès d'adultère[14]. 2° Le plaignant peut se désister, soit qu'il retire sa plainte, soit qu'il retire son action, s'il s'est constitué partie au procès; mais, en principe, ce désistement n'arrête pas l'action publique, lorsque cette action est engagée. J'admets, en effet, une restriction qui semble s'imposer. Lorsque le ministère public n'a pas encore agi, il semble bien que le retrait de la plainte ne lui permette plus d'agir[15]. 3° La situation créée par la

[14] Sur ce point : Ortolan, *op. cit.*, t. 2, n° 1472; et mon *Traité théorique et pratique du droit pénal*, t. 5, n° 1888.

[15] Cette solution n'est pas généralement admise. En sens contraire : Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 2, n° 758; Le Sellyer, *Actions publique et privée*, t. 1, n° 242; Hoffman, *Questions préjudicielles*, t. 1, n° 19; Dijon, 15 janv. 1873 (D. 74. 2. 92); Cass., 11 août 1881 (S. 82. 1. 142); 7 sept. 1850 (*J. de droit crim.*, art. 4954); Chambéry, 16 déc. 1880 (*J. de droit crim.*, art. 10778); Orléans, 17 mars 1891 (S. 93. 2. 49). C'est le principe que pose la Cour de cassation, dans un arrêt du 2 avril 1896 (S. 94. 1. 304). V. sur la question : Morin, *J. de droit crim.*, art. 4938. En sens contraire, lorsque le désistement intervient avant toute poursuite : Rauter, p. 297.

Digitized by Google

plainte n'est pas modifiée par le décès du plaignant. Ses héritiers n'ont, pas plus que lui, le droit d'arrêter l'action du ministère public si elle est engagée. Ils ne le pourraient même pas si le ministère public n'avait pas encore exercé l'action publique, car les héritiers n'ont pas la faculté de modifier une situation juridique que le décès du plaignant rend définitive.

Dans cette conception juridique, le *pardon de la victime* d'un des délits énumérés, les *renonciations* et *transactions* intervenues entre les parties, réfléchissent ou ne réfléchissent pas sur l'exercice de l'action publique suivant l'époque où ces faits sont intervenus. S'ils se produisent antérieurement au dépôt de la plainte, ils rendent la plainte irrecevable et le ministère public n'a plus en mains qu'un titre sans valeur et, pour ainsi dire, inefficace[16]. S'ils se produisent après la mise en mouvement de l'action publique, on rentre dans la règle générale posée par l'article 4 du Code d'instruction criminelle, et le ministère public n'a pas à s'arrêter devant ces tractations et le désistement de la plainte qui en est la conséquence.

En ce qui concerne le délit *d'adultère* et celui de *diffamation* ou d'*injure*, il y a lieu de noter deux dispositions exceptionnelles.

Le désistement du mari, en cas de poursuite pour adultère,

Cette dernière doctrine a été consacrée, en Belgique, par l'article 2 de la loi du 17 avril 1878 ainsi conçu : « Lorsque la loi subordonne l'exercice de l'action publique à la plainte de la partie lésée, le désistement de cette partie, avant tout acte de poursuite, arrête la procédure. En matière d'adultère, ce désistement peut être fait en tout état de cause ». Je fais remarquer, du reste, qu'il existe, dans notre droit, deux exceptions qui absorbent presque la règle : 1° en matière d'adultère, où le désistement du procès, en quelque état de cause qu'il intervienne, arrête la poursuite; 2° en matière de diffamation ou d'injure envers un particulier, où le désistement du plaignant produit le même effet, aux termes de l'article 60, *in fine*, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Mais pas dans les autres cas.

[16] Cette solution peut être contestée. Elle semble résulter du caractère même des délits pour lesquels la loi subordonne l'exercice de l'action pénale à une plainte de la partie lésée.

Digitized by Google

à quelque époque qu'il intervienne, éteint l'action publique vis-à-vis de la femme comme vis-à-vis du complice [17]. C'est la conséquence certaine du droit de pardon que reconnaît l'article 337, au profit du mari. Mais, ce droit de grâce n'ayant pas été formellement accordé à la femme (et j'ai dit ailleurs quelle en était la raison), on décide, généralement, qu'une fois la poursuite commencée contre le mari, sur la plainte de sa femme, celle-ci ne peut, par son désistement, éteindre l'action publique [18].

Le désistement du plaignant arrête la poursuite commencée, à raison des délits: 1° de diffamation envers un particulier; 2° d'injures publiques envers un particulier; 3° d'offense envers un chef d'État étranger; 4° d'outrage envers un agent diplomatique étranger. Cette solution résulte du texte de l'article 60 de la loi du 29 juillet 1881: « Le désistement du plaignant arrêtera la poursuite commencée », qui règle, depuis la loi du 16 mars 1893, la poursuite, non seulement au cas de diffamation ou d'injures publiques envers des particuliers, mais l'offense aux chefs d'États étrangers et l'outrage envers les agents diplomatiques étrangers accrédités auprès du gouvernement de la République [19]. En dehors de ces cas, la règle générale reprend sa force, et le désistement du plaignant ne saurait arrêter la poursuite, notamment lorsqu'il s'agit d'un délit d'injure ou de diffamation envers des corps constitués ou des personnes comprises dans l'énumération de l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881 [20].

[17] Bien entendu, je me place avant la condamnation devenue définitive.

[18] Voy. notamment : Paris, 12 mars 1858 (S. 58. 2. 339).

[19] Voy. sur ce point : G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, t. 3, n° 1277.

[20] C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans l'affaire Lalou : Crim., 2 avr. 1896 (S. 96. 1. 304). La même solution est donnée par la doctrine. Comp. G. Le Poittevin, *op. cit.*, t. 3, n° 1278; Barbier, *Code expliqué de la presse*, t. 2, n^os^ 867, *in fine*, et 967. V. en sens contraire, Chopin d'Arnouville dans la *Gaz. des Trib.* du 2 mai 1896 : « La Cour de cassation, dit-il, ne paraît pas avoir voulu céder à cette idée que le retrait de la plainte doit enrayer l'action du ministère public. Il est certains cas cependant où ce principe est vrai, et l'hypothèse qui nous occupe paraissait être un de ceux-là ».

Digitized by Google

163. Avant d'examiner en détail chacune des exceptions au principe de l'indépendance du ministère public, je constate que les cas, limitativement énumérés, peuvent être groupés en trois catégories: *a*) La première comprend les infractions qui ne peuvent être poursuivies sans une *plainte* de la partie lésée, telles que : l'adultère; le rapt par séduction, lorsque le ravisseur a épousé la fille qu'il a enlevée; la diffamation et l'injure; les délits de chasse ou de pêche sur le terrain ou dans les eaux d'autrui; les délits de contrefaçon industrielle. *b*) La seconde classe comprend les infractions qui ne peuvent être poursuivies par le ministère public que sur l'*initiative* de l'administration publique qui est pécuniairement intéressée à leur répression ; tels sont : les délits des fournisseurs des armées de terre ou de mer. *c*) Enfin, dans la troisième classe, rentrent les infractions dont la poursuite a besoin d'être provoquée, soit par une *plainte* des personnes lésées, soit par une *dénonciation* émanant du corps ou du gouvernement indirectement atteint par le délit. A cette classe appartiennent : les diffamations ou injures contre tous dépositaires ou agents de l'autorité publique; les délits commis, hors du territoire de la France, par des Français, contre un particulier, Français ou étranger.

1. Le délit d'adultère n'est pas un délit privé, c'est un délit social[21]. Mais, parallèlement à l'intérêt public qui en réclame la répression, il y a l'intérêt contraire de la famille et des enfants, dont l'époux offensé est le seul juge. Il ne faut donc pas s'étonner que l'exercice de l'action publique, en cette matière, soit subordonné à certaines conditions spéciales : la loi fait échec au principe que le ministère public est libre d'agir pour assurer la répression des faits punissables, et l'époux coupable ne peut être poursuivi que sur la plainte de l'autre époux (C. pén., art. 336 et 339). Mais si la victime du délit a seule le droit de mettre l'action en mouvement, le mi-

[21] Voy. sur ce point, mon *Traité théorique et pratique du droit pénal*, 2e édit., t. 5, p. 133. *Adde :* Jules Cauvière, *De la répression de l'adultère* (*Rev. pénit.*, 1905, p. 907 à 913).

Digitized by Google

nistère public, après la plainte, exerce cette action au nom de la société intéressée au maintien de la foi conjugale, fondement de la famille légitime. Nous avons examiné ailleurs les conditions de poursuite de l'adultère et nous renvoyons à ce que nous avons écrit à ce sujet [22].

II. Dans le crime de rapt par séduction, prévu par l'article 356 du Code pénal, lorsque le ravisseur a épousé la fille qu'il a enlevée, la poursuite, tant contre lui que contre ceux qui ont participé à l'enlèvement [23], est subordonnée à une double condition, exigée *cumulativement* par la loi : l'*annulation* du mariage prononcée par les tribunaux civils, et une *plainte* déposée par les personnes qui ont le droit de demander cette annulation (C. p., art. 357) [24]. Ainsi lorsque l'enlèvement n'a pas été suivi de mariage, le ministère public peut librement poursuivre le ravisseur et ses complices [25]. Mais, si celui-ci a épousé la personne enlevée, la poursuite ne peut avoir lieu que sur la plainte des personnes qui ont le droit de demander la nullité du mariage et qu'après que cette nullité a été prononcée. Cette question d'annulation suspend non seulement le *jugement* de l'action publique, mais l'*exercice* même de cette action, qui ne peut

[22] *Traité théorique et pratique du droit pénal*, 2e édit., t. 5, p. 152, nos 1884 à 1891, et surtout n° 1888.

[23] Les poursuites pénales contre les complices du ravisseur auraient les mêmes inconvénients que celles contre le ravisseur; il serait, du reste, contradictoire de permettre la poursuite des complices, alors qu'on ne permettrait pas de poursuivre l'auteur principal : aussi l'exception qui couvre le ravisseur couvre également les complices. *Sic*, Cass., 3 août 1852 (*B. cr.*, n° 235).

[24] Les deux conditions sont cumulativement exigées, c'est-à-dire qu'apres le jugement prononçant la nullité du mariage, le ministère public ne peût poursuivre que s'il a en main une plainte. *Contrà*, Mangin, *Actions*, t. 1, n° 345. Mais dans le sens de la nécessité d'une plainte : Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 2, n° 785; Le Sellyer, *Exercice et extinction*, etc., t. 1, p. 48. Le texte paraît, du reste, formel.

[25] Il n'en est donc pas de ce crime comme du délit d'adultère; dès que l'infraction est commise, l'action publique prend naissance; le ministère public peut agir d'office et le procès ira jusqu'au bout, si le ravisseur n'épouse pas la fille enlevée.

Digitized by Google

être intentée par le ministère public, tant que la nullité du mariage n'a pas été prononcée [26].

III. L'action publique, en cas de délit de *chasse*, est, en principe, indépendante de la plainte de la partie lésée (L. 3 mai 1844, art. 26, § 1). Le ministère public peut l'intenter d'office, toutes les fois qu'il s'agit de délits ne tenant pas à la lésion du droit de propriété, mais à la police générale de la chasse : tel serait le fait de chasser, soit en temps prohibé ou sans permis, soit avec emploi de moyens ou d'instruments défendus par la loi. Toutefois, l'indépendance du ministère public cesse, lorsque le délit consiste uniquement dans le fait d'avoir chassé sur le terrain d'un particulier [27] sans le consentement du propriétaire ou de l'ayant droit [28]. Dans ce cas, en effet, la seule condi-

[26] Cependant, le texte de l'article 357 fait naître des difficultés sur ce point. En décidant que le ravisseur « ne pourra être *poursuivi* que sur la plainte..., ni *condamné* qu'après que la nullité du mariage aura été prononcée », il semble faire une différence entre la poursuite et le jugement : le ministère public pourrait poursuivre sur la plainte seule, le tribunal de répression ne pourrait juger qu'après l'annulation du mariage. Mais la rédaction de ce texte est évidemment vicieuse : comment comprendre, en effet, des poursuites provisoires, qui ne pourraient être suivies d'une condamnation? Concevrait-on que le ravisseur puisse indéfiniment rester sous le coup de poursuites criminelles, être indéfiniment maintenu en état de détention préventive, jusqu'à ce qu'il plaise aux personnes qui en ont le droit, de demander la nullité de son mariage? Les travaux préparatoires démontrent, au surplus, que le texte ne répond pas à la pensée du législateur : « Il ne suffit pas, disait M. Faure, pour que l'époux puisse être pour-« suivi criminellement, que la nullité du mariage ait été demandée; il faut « encore qu'en effet le mariage soit déclaré nul ». Voir Locré, t. 15, p. 442; Hoffman, *Questions préjudicielles*, t. 3, nos 686 et suiv.; Ortolan, t. 2, n° 1713.

[27] Nous disons d'un « particulier »; car le ministère public et l'administration forestière pourraient poursuivre d'office les délits de chasse commis dans les bois soumis au régime forestier (C. for., art. 1er et 159); Cass., Chambres réunies, 27 févr. 1865 (D. 67. 1. 95); Rouen, 16 janv. 1868 (D. 68. 1. 61). Mais on sait que le droit de chasse dans ces bois peut être cédé : le droit de porter plainte appartient alors à l'administration ou au cessionnaire, suivant que le droit cédé est purement personnel ou, au contraire, sans réserve. Sur ce dernier point, d'une application pratique délicate : Faustin Hélie, t. 2, n° 817; Le Sellyer, *Exercice et extinction*, t. 1, n° 189.

[28] L'article 26, § 2, de la loi du 3 mai 1844 se sert de cette expression

Digitized by Google

tion à remplir pour que le fait soit légitime, c'est de chasser avec le consentement du propriétaire ou de l'ayant droit. Or, l'existence de ce consentement, antérieur au délit, qui peut être exprès ou tacite, est naturellement présumée par la loi, tant que la personne intéressée ne porte pas plainte. Toutefois le législateur, puisant cette indication dans ce qui a lieu le plus communément (*de eo quod plerumque fit*), ne présume pas ce consentement et permet au ministère public d'agir d'office : 1° lorsque le fait de chasse a eu lieu sur un terrain clos, attenant à une habitation [29]; 2° ou bien lorsqu'il a eu lieu sur des terres non dépouillées de leurs fruits, c'est-à-dire, — car les deux hypothèses sont entrées dans les prévisions du législateur, — sur des terres simplement ensemencées, ou dont les semences étaient déjà levées[30].

IV. L'action publique est également suspendue, jusqu'à la plainte du propriétaire ou de l'ayant droit, à l'égard des délits qui consistent uniquement dans le fait d'avoir pêché dans les eaux d'autrui, les autres conditions légales étant d'ailleurs remplies. Cette décision n'est, il est vrai, consacrée formellement par aucun texte : mais elle résulte, tout à la fois, du rapport d'analogie qui unit les délits de chasse et les délits de pêche et

générale « *la partie intéressée* », c'est-à-dire la partie à qui appartient le droit de chasse. Or, l'article 26 lui-même considère le droit de chasser comme un élément du droit de propriété. C'est donc le propriétaire qui a tout d'abord la faculté de porter plainte. Les ayants droit, quant à la chasse, sont ceux à qui ce droit est transféré et qui l'exercent comme le propriétaire. Tels sont l'emphytéote et l'usufruitier du fonds, tels sont également les cessionnaires du droit de chasse, à titre onéreux, ou même à titre gratuit. Le fermier n'a pas, à notre avis, le droit de chasse qui est un élément de la propriété; il ne peut donc ni laisser chasser sur les terres affermées ni porter plainte d'un fait de chasse non autorisé. Comp. sur cette dernière question : Haus, t. 2, n° 1177; Le Sellyer, *Actions publique et privée*, t. 1, n° 186; Faustin Hélie, t. 2, n° 815; Paris, 28 janv. 1869 (D. 69. 2. 155); Caen, 6 déc. 1871 (D. 72. 2. 68); Alger, 27 déc. 1876 (S. 77. 2. 206); Rouen, 7 déc. 1878 (S. 79. 2. 84).

[29] La loi exige, *cumulativement* ces deux conditions. Cela résulte du texte même de l'article 26 de la loi de 1844.

[30] Comp. sur le sens de ces mots : Faustin Hélie, t. 2, n° 810; Le Sellyer, *op. cit.*, t. 1, n° 182; Ortolan, t. 2, n° 1733.

Digitized by Google

de l'intention, formellement exprimée par le législateur, de soumettre ces deux espèces de délits à une même règle[31].

V. Lorsque le service des armées de terre et de mer aura manqué, soit par la négligence, soit par la fraude des fournisseurs, la poursuite de ces infractions, prévues par les articles 430 à 433 du Code pénal, ne pourra avoir lieu que sur la dénonciation du gouvernement, c'est-à-dire sur la plainte du ministre que le service concerne. Cette exception, à l'indépendance du ministère public, a été inutilement formulée, car, faute de moyens d'investigations, la poursuite n'aurait pu jamais avoir lieu qu'avec le concours du gouvernement[32].

VI. L'action publique est encore subordonnée à la nécessité d'une plainte en matière de contrefaçon, non pas en ce qui concerne la propriété littéraire ou artistique (C. pén., art. 425;

[31] La question est délicate. Avant la loi du 15 avril 1829, *relative à la pêche fluviale,* on était généralement d'accord pour la résoudre dans le sens indiqué par nous. Mais la discussion de cette loi a jeté, sur cette question, beaucoup d'incertitude. En effet, l'article 36 exige que les procès-verbaux, constatant les délits commis au préjudice des particuliers, soient transmis au procureur du roi. Or, le rapporteur à la Chambre des pairs avait attiré l'attention sur ce point, et c'est précisément, après discussion, et pour consacrer le droit du ministère public d'agir d'office, que la rédaction de l'article 36 a été adoptée. Aussi, un grand nombre d'auteurs et la jurisprudence n'exigent pas comme condition préalable de la poursuite des délits de pêche commis dans les eaux des particuliers une plainte de l'ayant droit. *Sic,* Cass., 17 oct. 1838 (S. 39. 1. 245); 3 juin 1853 (D. 53. 1. 239); Caen, 9 août 1871 (D. 73. 2. 156); Trib. de Saint-Julien, 31 juill. 1879 (S. 80. 2. 267); Faustin Hélie, *op. cit.,* t. 2, n° 818; Le Sellyer, *op. cit.,* t. 1, n° 191. Mais on peut répondre que, d'après la déclaration même du rapporteur, la rédaction de l'article 36 avait été modifiée pour la mettre d'accord avec l'article 70; or, cet article 70 a été rejeté, et voici le motif qu'en donnait le commissaire du gouvernement à la Chambre des pairs : « La Chambre des députés a supprimé l'article 70 de l'ancien projet : elle a pensé qu'à l'égard de la pêche, comme à l'égard de la chasse, les particuliers doivent demeurer libres de dénoncer les délits, pour lesquels la loi leur donne action directe. » Dans ce sens : Mangin, *op. cit.,* t. 1, n° 159; Villey, *Précis* (6e éd.), p. 188. On trouvera des renseignements complets sur la question dans le *Répert. gén. alph. du droit français,* v° *Pêche fluviale,* n°s 750 et 751.

[32] Voy. du reste, pour les détails, mon *Traité théorique et pratique du droit pénal* (2e éd.), t. 6, n° 2562.

Digitized by Google

D. 5 févr. 1810, art. 41 et 47), mais seulement en ce qui concerne la propriété des inventions brevetées (L. 5 juill. 1844, art. 45).

VII. La loi du 17 mai 1819 a établi, dans une définition très précise, que la loi du 29 juillet 1881 a simplement répétée (art. 29), la différence essentielle entre la *diffamation* et l'*injure*. La diffamation est « toute allégation ou imputation d'un *fait* (vrai ou faux) qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne, ou du corps auquel le fait est imputé » ; l'injure est « toute expression outrageante, terme de mépris ou invective, *qui ne renferme l'imputation d'aucun fait* » déterminé. L'élément de gravité prédominant de l'injure et de la diffamation consiste dans la *publicité*. C'est ce qui explique comment ces deux délits ont été prévus et définis dans les lois relatives à la presse et aux autres moyens de publication. A l'égard du chef de l'État, de la personne des souverains ou chefs des gouvernements étrangers, les lois sur la presse ne parlent pas d'injure ou de diffamation, elles se servent, sans la définir, de l'expression *offense*, expression qui comprend, sans aucun doute, non seulement l'injure et la diffamation, mais encore tous les autres faits indéterminés qui, à l'appréciation du juge, peuvent être considérés comme offensants (L. 29 juill. 1881, art. 26, 36). Enfin, lorsqu'un fait rentre dans les prévisions des articles 222 et suiv. du Code pénal, bien qu'il puisse contenir une diffamation ou une injure proprement dite, il est qualifié *outrage* par la loi. Ce qui caractérise l'outrage, c'est qu'il est adressé, soit à un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire, soit à un juré, soit à un officier ministériel ou agent dépositaire de la force publique, ou même à un citoyen chargé d'un ministère public, *dans l'exercice* ou *à l'occasion de l'exercice de ses fonctions*. L'outrage peut se commettre par faits, paroles, gestes ou menaces. La publicité n'est point requise, à titre d'élément essentiel du délit.

Pour savoir si les injures, diffamations, offenses et outrages peuvent être poursuivis d'office, il y a lieu de faire les distinctions suivantes : 1° En ce qui concerne les *diffamations* ou les *injures publiques* contre les *particuliers*, la règle est simple :

Digitized by Google

l'action n'est ouverte au ministère public que sur la plainte de la partie qui se prétend lésée. L'article 60 de la loi du 29 juillet 1881 pose formellement ce principe au sujet des diffamations ou injures publiques, qui constituent des délits[33]. La raison d'être de cette règle, c'est que la répression de ces infractions intéresse principalement ceux qui ont été offensés. La personne lésée, qu'elle soit victime d'une médisance ou d'une calomnie, peut avoir intérêt à éviter le scandale d'un procès : elle peut mépriser l'offense; elle peut préférer prendre pour juge l'opinion publique. De quel droit le ministère public l'engagerait-il dans un débat, « où la justice même et le triomphe ne sont pas toujours exempts d'inconvénients » ? 2° En ce qui concerne les *diffamations* et *injures* envers les cours, tribunaux ou autres corps constitués, c'est-à-dire les corps dont l'existence est permanente et dont les membres se réunissent pour délibérer, ces délits ne peuvent être poursuivis (L. 29 juill. 1881, art. 47, § 1), que sur la délibération de ces corps administratifs ou judiciaires, prise en assemblée générale et requérant les poursuites, ou, si le corps n'a pas d'assemblée générale, sur la plainte du chef du corps, ou du ministre duquel ce corps relève. 3° La loi de 1819 subordonnait également à la nécessité d'une plainte préalable de la partie lésée la poursuite des injures et des diffamations dirigées contre tous dépositaires ou agents de l'autorité publique. Avec ce système de législation, il arrivait souvent que des fonctionnaires hésitaient à saisir les tribunaux de leurs griefs personnels et rendaient ainsi impossible une répression à laquelle ils ne sont pas seuls intéressés. La loi du 29 juillet 1881 (art. 47, § 3) permet au ministère public de poursuivre ces infractions, soit sur la plainte de la partie offensée, soit d'office, sur la demande adressée au ministre de la justice par le ministre dans le département duquel se trouve le fonctionnaire diffamé ou injurié. 4° En cas d'offense envers la personne des souverains

[33] Aucune plainte n'est nécessaire, au cas d'injure non publique, pour mettre en mouvement l'action publique. *Sic*, G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, t. 3, n° 1278; Barbier, *Code de la presse*, t. 2, n° 543, p. 79.

Digitized by Google

ou chefs des gouvernements étrangers, ou d'outrage envers les agents diplomatiques étrangers, la poursuite aura lieu, soit à leur requête, soit d'office, sur leur demande adressée au ministre des affaires étrangères et par celui-ci au ministre de la justice (art. 47, § 5)[34]. 5° Enfin, en cas d'outrage prévu par les articles 222 et 227 du Code pénal, la poursuite peut avoir lieu d'office[35].

VIII. En cas de délit commis à l'étranger et punissable en France, la condition d'une plainte n'est requise que pour les délits commis contre les particuliers, et une dénonciation officielle faite à l'autorité française par l'autorité du pays où le délit a été commis équivaut à la plainte (C. instr. cr., art. 5).

164. Telles sont les seules exceptions, dans le droit criminel français, au principe d'après lequel le ministère public est investi d'une action d'*office*. Peut-on les rattacher à une même conception? Evidemment, c'est au droit individuel, recouvert, en général, par le droit social, mais qui affleure parfois, et dont on retrouve les vestiges, même dans un système, quelque peu absolu, d'accusation publique. Mais alors on peut s'étonner que ces exceptions ne soient pas plus nombreuses. En effet, l'extension de ce système a été demandée, en ce qui concerne les délits légers, moins comme un moyen d'arrêter les excès de zèle, aujourd'hui peu redoutables, d'un ministère public trop ardent, que comme contrepartie nécessaire d'une meilleure organisation dans la réparation du dommage occasionné par le prévenu à la partie lésée[36]. Quelques législations sont entrées dans cette voie : elles ont allongé la liste des cas où l'initiative de la poursuite dépend de la partie lésée[37]. La conséquence de ce point de vue est d'assurer l'im-

[34] La loi du 16 mars 1893 a rétabli, pour ces délits, la compétence des tribunaux correctionnels (art. 47 et 60 combinés et modifiés, L. 29 juill. 1881).

[35] Sur la législation de la presse, au point de vue des conditions de la poursuite des diffamations, injures, offenses, outrages : G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, t. 3, nos 1238 et 1286.

[36] Voy. notamment : Raoul de la Grasserie, *Des principes sociologiques de la criminologie*, p. 178.

[37] Les législations étrangères sont, en général, plus extensives que la

Digitized by Google

punité à tout délinquant qui parvient à s'entendre avec la partie lésée, à prix d'argent ou autrement, et de l'amener ainsi à s'imposer des sacrifices pour donner satisfaction à sa victime en vue d'éviter le châtiment. Et pour atteindre ce résultat, il ne s'agit pas seulement de subordonner l'exercice de l'action à la volonté de la victime, il faut encore lui accorder, par le retrait de la plainte, le droit d'arrêter la poursuite. Les deux facultés réunies aboutissent à placer, dans les mains de la partie lésée, un *droit de pardon* qu'elle exerce dans son propre intérêt et non dans l'intérêt public.

Ce système n'est cependant pas encore celui des délits privés qui sont punis au profit de la victime et poursuivis exclusivement par celle-ci. D'une part, en effet, le ministère public reste, dans le système actuel, chargé de l'exercice de l'action pénale, et ne peut requérir une condamnation à des dommages-intérêts. D'autre part, la victime du délit, qui a le droit

nôtre, en ce qui concerne le nombre des délits qui ne peuvent être poursuivis d'office. En Allemagne, la liste des « *antragsdelicte* » est fort longue. Voy. Daguin, *Ann. de législ. étrang.*, 1876, p. 135 et suiv.; C. proc. pén. all., art. 152, et loi du 16 févr. 1876. En Italie, la liste des délits qui ne peuvent être poursuivis que sur plainte comprend, en plus de la diffamation et de l'injure, les coups n'ayant entraîné ni maladie, ni incapacité de travail supérieure à dix jours, l'outrage à la pudeur dans un lieu privé, rapt, avec ou sans violence, adultère, concubinage, dommage à la propriété mobilière ou immobilière d'autrui ne dépassant pas 500 livres, intrusion ou chasse sur la propriété d'autrui, blessures à des animaux, dégradation à la propriété d'autrui, appropriation de choses indues, glanage et grappillage sur les terres non encore récoltées. Dans tous ces cas, le pardon de la victime, succédant à la plainte, éteint, en principe, l'action pénale, à moins que le prévenu ne refuse de l'accepter; mais il ne fait pas cesser l'exécution de la condamnation. Accordé à l'un des prévenus, il profite aux autres (C. pén. ital., art. 88). Enfin, quand il est saisi d'une plainte motivée par une de ces infractions, l'officier de police judiciaire doit avertir le plaignant de la faculté que la loi lui concède de pardonner avant le jugement, et du délai dans lequel il lui est loisible d'user de cette faculté (C. proc. pén., art. 166). Sur les questions que soulève ce droit de pardon et particulièrement sur sa transmissibilité aux héritiers, Voy. un article d'Ettore Padivano, *Rivista penale*, 1905, p. 300. Sur le droit comparé : Raoul de la Grasserie, *Des principes sociologiques de la criminologie*, p. 167 à 173.

Digitized by Google

négatif de paralyser l'exercice de l'action pénale, ne peut, si elle se plaint ou se porte partie civile, se substituer au ministère public pour diriger le procès pénal, le conduire jusqu'au bout et, au besoin, l'abandonner. Je ne verrai, pour ma part, aucun inconvénient à ce que la loi légalisât des usages de plus en plus répandus dans la pratique des parquets. Il est rare, en effet, que, pour les délits légers, ou même pour les délits graves qu'il peut être opportun de ne pas poursuivre, le ministère public agisse d'office : il attend, presque toujours, une plainte. Et, si cette plainte est retirée, à la suite d'arrangements entre la victime et le délinquant, il est rare que le ministère public se montre plus intransigeant que la victime. Ce sont là des procédés de plus en plus suivis, et on sait que la pratique, toujours mouvante, précède et prépare la loi, toujours en retard.

§ XXVIII. — DES CAS OU L'ACTION PUBLIQUE EST, QUANT A SON EXERCICE, SUBORDONNÉE A UNE AUTORISATION PRÉALABLE.

165. Distinction entre les cas d'immunité pénale et les cas où l'action publique est subordonnée à la nécessité d'une autorisation. — 166. Le président de la République. Immunité pénale, sauf en cas de haute trahison. Difficultés. — 167. De l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. Garantie politique. Garantie administrative. — 168. Les ministres Leur situation au point de vue pénal. — 169. Les sénateurs et les députés. Nécessité d'une autorisation de la Chambre dont ils font partie. Portée de la garantie. — 170. Garantie administrative. Sa suppression. Plus d'autorisatoin préalable. Mais incompétence des tribunaux répressifs pour connaître des actes administratifs. — 171. Renvoi en ce qui concerne la garantie religieuse. Délits des ecclésiastiques constituant un abus. Séparation des Églises et de l'État.

165. Dans certains cas, l'action publique est subordonnée à une autorisation préalable. Mais il ne faut pas confondre cette situation, dans laquelle la poursuite est simplement paralysée, avec une situation voisine, dans laquelle, par suite d'immunités pénales, la poursuite ne peut avoir lieu.

166. L'article 6 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, après avoir déclaré : « Les ministres sont solidairement

Digitized by Google

« responsables devant les Chambres de la politique générale du « gouvernement et individuellement de leurs actes person- « nels », ajoute: « Le président de la République n'est respon- « sable qu'en cas de haute trahison ». Une première conséquence de cette disposition c'est que la responsabilité du président de la République est tout à fait exceptionnelle, qu'elle n'est pas *politique* mais *pénale*. Deux points seulement sont douteux.

Le président de la République est-il responsable pénalement et peut-il être poursuivi, devant les tribunaux de répression ordinaires, en dehors du cas de haute trahison, pour les *crimes, délits* et *contraventions* qui lui seraient reprochés? Evidemment non. L'*immunité pénale* du président de la République a paru nécessaire pour sauvegarder l'exercice de la souveraineté. Elle est absolue, par rapport aux tribunaux de droit commun, et ne cède qu'en cas de haute trahison, devant le Sénat constitué en Haute-Cour de justice.

C'est donc exclusivement en cas de haute trahison qu'une poursuite est possible. La loi constitutionnelle s'est nettement expliquée, et sur la *juridiction* compétente, qui est le Sénat constitué en Haute-Cour de justice, et sur *l'action publique*, qui est exercée par la Chambre des députés, transformée, pour la circonstance, en Chambre d'accusation.

La seule difficulté sérieuse, — et ce n'est pas ici le lieu de l'examiner, — est de savoir ce qu'est ce crime de haute trahison, dont on ne trouve pas la définition et le type dans le Code pénal, et quelles conséquences pourrait avoir le procès, s'il était engagé [1].

167. L'article 75 de la constitution de l'an VIII, les chartes, constitutions et sénatus-consultes postérieurs avaient établi une double garantie : une garantie *politique*, d'après laquelle les ministres ne pouvaient être poursuivis sans une autorisation préalable du Sénat; les sénateurs, conseillers d'État et les députés, sans une autorisation préalable du corps auquel

§ XXVIII. [1] Sur ces questions, cons. mon *Traité théor. et prat. du droit pénal* (2e éd.), t. 1, n° 148, p. 286 et note 1.

Digitized by Google

ils appartenaient; et une garantie *administrative*, en vertu de laquelle les *agents* du gouvernement ne pouvaient être poursuivis, *pour faits relatifs à leurs fonctions*, sans l'autorisation préalable du Conseil d'État. Nous allons voir ce qu'il subsiste, dans nos lois actuelles, de cette double garantie.

168. Les *crimes* et *délits*[2], commis par les *ministres*, sont, ou bien relatifs ou bien étrangers à leurs fonctions. 1° Dans le premier cas[3], les lois constitutionnelles confèrent, à la *Chambre des députés*, l'exercice de l'action publique, soit que les inculpés exercent encore leurs fonctions, soit qu'ils aient cessé de les exercer : c'est devant le *Sénat*, constitué en Haute-Cour de justice, qu'est poursuivie l'accusation par un ou plusieurs commissaires désignés par la Chambre. Cette action, qui est la sanction dernière de la responsabilité ministérielle devant le Parlement, est-elle exclusive de l'action ordinaire devant les juridictions pénales? C'est un point discuté. Pour soutenir, comme je suis tenté de l'admettre, que les ministres sont soumis à une double action et à une double juridiction pour les crimes et délits qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions, on peut invoquer l'opposition de rédaction qui existe entre le § 1 et le § 2 de l'article 12 de la loi du 16 juillet 1875; le président de la République « *ne peut être* mis en accusation que par la Chambre », ce qui exclut toute action du ministère public, tandis que les ministres « *peuvent être* mis en accusation par la Chambre », ce qui laisse subsister le droit commun[4]. 2° En ce qui concerne les *crimes et délits*

[2] L'article 12 de la loi du 16 juillet 1875 ne parle que des « crimes » commis par les ministres, mais cette expression ne me paraît pas avoir le sens technique et restreint que lui donne l'article 1er du Code pénal. La question est, du reste, discutée. Voy. la note suivante.

[3] Que faut-il entendre par *crimes* commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions? Voy. mon *Traité théor. et prat. du droit pénal*, t. 3, n° 943; Esmein, *Élément du droit constitutionnel*, p. 629. L'étendue de la responsabilité pénale des ministres devant le Sénat fait l'objet des mêmes difficultés que pour le président de la République.

[4] *Sic*, Cass., 24 févr. 1893 (S. 93. 1. 217). La chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Paris, par arrêt du 7 février 1893, avait

Digitized by Google

ordinaires, que les ministres peuvent commettre hors de l'exercice de leurs fonctions, et les *contraventions*, la poursuite de ces infractions n'appartient, à la Chambre des députés, ni en vertu des lois constitutionnelles, ni en vertu des principes généraux : elle doit être exercée conformément au droit commun.

169. Aux termes de l'article 14 de la loi du 16 juillet 1875 : « Aucun membre de l'une ou l'autre Chambre ne « peut, pendant la durée de la session, être poursuivi ni « arrêté, en matière criminelle ou correctionnelle, qu'avec « l'autorisation de la Chambre dont il fait partie, sauf le cas « de flagrant délit. — La détention ou la poursuite d'un « membre de l'une ou de l'autre Chambre est suspendue « pendant la session et pour toute sa durée, si la Chambre le « requiert ».

Cette prérogative, accordée aux membres des deux Chambres, est moins une garantie *personnelle* qu'une garantie *constitutionnelle*, établie dans l'intérêt de tous, et dont l'objet est d'assurer la liberté des mandataires de la nation dans l'accomplissement de leur mandat. Elle est contemporaine du régime parlementaire [5].

Une première distinction est faite par la constitution entre les cas de flagrant délit et les cas ordinaires.

Le *flagrant délit*, dont il s'agit ici, est le délit qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre (C. instr. cr., art. 41)[6], situation qui nécessite l'intervention immédiate de

renvoyé un ancien ministre devant la cour d'assises pour faits de corruption, relatifs à ses fonctions. Cet arrêt a été déféré à la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi, sans que la question même que nous posons ait été considérée comme douteuse.

[5] Voy. Esmein, sous Arrêts de la Haute-Cour de justice, 20 et 26 déc. 1899 et 20 févr. 1900 (S. 1901. 2. 57), notes 1 à 7, p. 58, 1re col.

[6] La notion du *flagrant délit* n'ayant pas été déterminée par la loi constitutionnelle, cette loi s'en est référée évidemment à la signification que le droit commun donne à cette notion. Nous faisons remarquer, du reste, que les constitutions antérieures, celles de 1791, 1793, de l'an III, de 1848, décidèrent que si, le représentant du peuple pouvait, en cas de flagrant délit, être

Digitized by Google

la police judiciaire, et, par conséquent, le droit, pour elle, de procéder aux actes de poursuite et d'arrestation.

Dans les cas ordinaires, la nécessité d'une autorisation de la Chambre n'existe que pendant la durée de la session[7]. Et le représentant qui, dans l'intervalle de deux sessions parlementaires, aurait été l'objet de poursuites criminelles, au cours desquelles un mandat d'amener et une ordonnance de prise de corps auraient été décernés contre lui, sans qu'il ait été arrêté, peut, s'il se présente pendant une session parlementaire, être mis en état d'arrestation sans l'autorisation de la Chambre dont il fait partie. Mais il appartient à celle-ci de suspendre la détention et la poursuite[8].

Ceci posé, pour déterminer la portée de la garantie constitutionnelle pendant la durée de la session, il importe d'insister sur sa raison d'être. Elle est fondée sur cette idée simple que le mandataire de la nation ne doit pas pouvoir être distrait de l'accomplissement d'un mandat qui implique sa présence réelle à la Chambre. Assurer sa liberté matérielle, empêcher que, par voie de contrainte physique, il soit retenu ailleurs, tel est le but et telle est la portée de la garantie constitutionnelle. Il en résulte : 1° Que le titre de député ou de sénateur[9] ne suspend pas les poursuites civiles : assignations devant

mis en état d'arrestation, les poursuites, pendant la durée de la session, ne pouvaient avoir lieu qu'avec l'autorisation de l'Assemblée dont il faisait partie. Aujourd'hui encore, on a soutenu, au Parlement, que « le flagrant délit permet l'arrestation du représentant ; mais une fois l'arrestation opérée, une autorisation est nécessaire pour que des poursuites puissent être exercées ». Séance de la Chambre, 8 mai 1894 (*Journ. off.* du 9, *Débats parlementaires*, p. 735). La même doctrine a été reproduite à propos d'un incident, dans la séance de la Chambre du 14 novembre 1905 (*Journ. off.* du 15, *Débats parlementaires*, p. 3237). Mais, comme l'a écrit M. Esmein (*Éléments de droit constitutionnel*, p. 737) cette interprétation est aujourd'hui insoutenable. Voy. également Esmein, *loc. cit.*, note précédente.

[7] Que faut-il entendre par « session » ? Voy. Cass., 30 janv. 1903 (*Pand. franç.*, 1903. 1. 233).

[8] Voy. sur ce point, la note de M. Esmein sous les arrêts de la Haute-Cour de justice des 20 et 26 déc. 1899 et 20 févr. 1901 (S. 1901. 2. 57). Consulter également ce que je dis à la note 6.

[9] La garantie de ne pouvoir être poursuivi sans une autorisation appar-

Digitized by Google

les tribunaux civils, saisies, etc.[10]. Ces actes qui peuvent être, de la part d'adversaires, des procédés de contrainte morale, n'empêchent pas matériellement le député ou le sénateur de remplir son mandat. Cela suffit, pour qu'ils soient libres. 2° L'exception est personnelle, et le titre de sénateur ou député ne saurait faire obstacle aux poursuites civiles ou pénales exercées contre des proches, la femme et les enfants, par exemple[11]. 3° Vis-à-vis même du représentant, ce titre ne suspend pas les actes qui tendent à constater l'infraction et à en recueillir les charges[12], tels que les procès-verbaux, l'audition des témoins, les vérifications, les expertises, les perquisitions domiciliaires mêmes[13], pourvu que ces opérations aient lieu, en quelque sorte *in rem*, sans exiger la présence du député ou du sénateur. 4° Ce qui est interdit, c'est un acte de poursuite personnelle, de nature à gêner sa liberté, à l'empêcher de remplir son mandat. Le représentant ne peut être soumis, sans une autorisation préalable de l'Assemblée dont il fait partie, à un *interrogatoire* devant le juge d'instruction. Il ne peut être l'objet d'un mandat de comparution ou d'amener; à plus forte raison, d'un mandat de dépôt ou d'arrêt. Aucune *citation* devant un tribunal de

tient-elle au sénateur ou député qui n'est pas encore validé? La Cour de cassation, dans un arrêt ancien, s'est prononcée pour la négative. Voy. Cass., 10 avr. 1847 (D. 47. 1. 90). Cette solution nous paraît inexacte. En effet, l'élection est le seul titre du mandat. Sans doute, ce titre doit être vérifié, par la Chambre. Mais tant que l'élection n'est pas annulée, provision est due au titre. Comp. dans ce sens : Haus, *op. cit.*, t. 2, n° 1150. Voy. également le rapport de M. le conseiller Roullier précédant l'arrêt du 30 janv. 1903 (*Pand.*, 1903. 1. 235).

[10] Ces solutions n'ont jamais été contestées.

[11] L'Angleterre pratiquait jadis un système, non aboli en droit, mais tombé en désuétude, dans lequel les pairs et gens des communes faisaient échapper leurs biens aux saisies, et leurs parents, serviteurs, aux poursuites. Voy. de Franqueville, *Le gouvernement et le parlement britanniques*, t. 3, p. 334 et suiv.

[12] Voy. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, n° 1065.

[13] C'est du moins ce qu'admet l'auteur précité (n° 1065) qui a, sur ces questions, une compétence particulière. Cependant, j'hésiterai beaucoup à

Digitized by Google

répression ne peut lui être délivrée, en matière correctionnelle ou criminelle, même s'il s'agit d'un délit n'entraînant pas la peine d'emprisonnement, car si le prévenu n'est pas tenu, dans ce dernier cas, de comparaître en personne, c'est pour lui une simple faculté de se faire représenter et on ne saurait la lui imposer comme une obligation. 5° Ce n'est pas seulement contre une poursuite du ministère public que le représentant de la nation est protégé par la nécessité d'une autorisation préalable, c'est contre l'*action civile* de la partie lésée *devant le tribunal de répression* en vue de le faire considérer *comme prévenu*. Cette procédure met en mouvement l'action publique, et la liberté du député ou du sénateur serait entravée si celui-ci était obligé de répondre à l'action engagée contre lui[14]. 6° Mais il n'en saurait être ainsi au cas où la poursuite aurait lieu, même devant la juridiction de répression, pour une simple responsabilité civile. Le représentant de la nation est uniquement exposé, dans ce cas, à des condamnations aux restitutions, dommages-intérêts et frais, et il n'y a lieu ni à arrestation, ni à emprisonnement, ni même à contrainte par corps en cas de condamnation[15].

Cette garantie s'applique à tous les *crimes* ou *délits* imputés à un sénateur ou député, relatifs ou étrangers aux fonctions que celui-ci remplit. Ce n'est pas la nature de l'infraction qui

permettre une perquisition domiciliaire préalable à l'autorisation. Cette opération doit se faire en présence du prévenu (C. instr. cr., art 35). De plus, elle me paraît fort gênante pour la liberté du mandataire de la nation. C'est bien un acte personnel, un acte de contrainte de nature à entraver l'accomplissement de son mandat.

[14] *Sic.*, Cass., 5 août 1882 (D. 83. 1. 44). Il s'agissait de la citation d'une partie civile devant la cour d'assises, en matière de presse.

[15] Dans ce cas : Cass., 3 août 1893 (S. 95. 1. 521). Voy. la note de M. Chavegrin. *Quid* s'il s'agissait d'un cas de responsabilité civile exposant le député à des *peines pécuniaires*, comme en matière fiscale? *Quid* en cas de *responsabilité pénale*, du fait d'autrui? M. Chavegrin examine ces questions dans la note que nous citons. Nous pensons que toutes les fois que la poursuite exposera celui qu'elle atteint à une comparution personnelle pouvant être ordonnée par le tribunal ou à la contrainte par corps en cas de condamnation, l'autorisation de la Chambre devra être requise.

Digitized by Google

donne lieu à la nécessité d'une autorisation préalable à la poursuite, c'est la qualité du prévenu. Mais la formule des lois constitutionnelles françaises ne vise pas toutes les matières répressives, et c'est seulement « *en matière criminelle ou correctionnelle* » que le représentant ne peut être poursuivi ou arrêté sans l'autorisation de la Chambre dont il fait partie. La matière des *contraventions* n'est donc pas soustraite au droit commun de la liberté de poursuite pour le ministère public et la partie lésée. En effet, les contraventions ne donnent lieu ni à une information préparatoire, ni à une arrestation provisoire ou préventive. Le prévenu n'est même pas obligé de comparaître en personne devant le tribunal de police; il peut se faire représenter par un fondé de procuration spéciale. Enfin, les contraventions ne sont presque jamais punies d'emprisonnement; et quand l'emprisonnement est prononcé par la loi, comme dans le cas de récidive, l'emprisonnement n'est que facultatif pour le juge. Il n'existe donc aucun motif pour entraver, en matière de contraventions, la poursuite d'un sénateur ou d'un député[16].

Toute poursuite personnelle, en l'absence d'autorisation préalable, devrait être annulée d'office, par le tribunal prématurément saisi, sans qu'il fût possible à ce tribunal de surseoir à statuer jusqu'à la demande d'autorisation. Le consentement de la Chambre doit être préalable à tout acte de poursuite. En conséquence, la décision sur l'exception proposée et tirée du défaut d'autorisation, engage une question que la loi constitutionnelle commande de résoudre sans délai, et le pourvoi, contre l'arrêt qui aurait statué sur la question, pourrait être formé sans attendre l'arrêt définitif[17].

[16] Il en est tout autrement en Belgique. L'article 45 de la Constitution belge dispose qu'aucun membre de l'une ou de l'autre Chambre ne peut « ... être « poursuivi ni arrêté *en matière de répression* ... ». La Cour de cassation belge a donc, interprétant ce texte, pu décider qu'il visait les *contraventions* comme les *crimes* et les *délits*. Cass. belge, 31 déc. 1900 (S. 1904. 4. 9). Voy. sur la question, la note de M. Chavegrin.

[17] Voy. sur ce point : Cass., 5 août 1882, précité, et les observations de M. le conseiller Roullier qui précèdent l'arrêt du 30 janv. 1903 (*Pand. franç.*, 1903. 1. 233).

Digitized by Google

170. Indépendamment de la garantie politique, accordée par toutes nos constitutions aux mandataires de la nation, la constitution de l'an VIII avait établi, dans son article 75, en faveur des agents du gouvernement, une garantie administrative, en ne permettant de les poursuivre, à raison des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une autorisation préalable du Conseil d'État. Si la garantie politique se justifiait par la nécessité de mettre le pouvoir *législatif* à l'abri des entreprises du pouvoir *exécutif*, la garantie administrative s'expliquait par la nécessité de sauvegarder le principe de la séparation des *autorités administrative* et *judiciaire*. C'est, en effet, dans ce but que l'Assemblée constituante, en proclamant la *responsabilité pénale* et *civile* des fonctionnaires publics, et en donnant aux *tribunaux judiciaires* le droit de juger cette responsabilité, avait décidé, dans la loi des 7-14 octobre 1790, qu'aucun administrateur ne pouvait être traduit, *devant les tribunaux, pour raison de ses fonctions*, à moins qu'il n'y eût été renvoyé par l'autorité supérieure, conformément aux lois[18]. La constitution de l'an VIII n'avait donc fait que reproduire et préciser, dans son article 75, un principe déjà formulé par l'Assemblée constituante, principe

[18] Sous l'ancienne monarchie, la responsabilité des fonctionnaires publics, quand elle était reconnue, ne pouvait être appréciée que par des juridictions exceptionnelles. L'Assemblée constituante proclama le principe général de la responsabilité des fonctionnaires publics *devant les tribunaux ordinaires*. Mais, en même temps, pour protéger les fonctionnaires contre des poursuites vexatoires, et pour sauvegarder le principe de la séparation des fonctions judiciaires et des fonctions administratives, elle soumit cette responsabilité à une garantie, consistant dans le renvoi préalable, par l'autorité administrative supérieure, du fonctionnaire incriminé devant la juridiction ordinaire (L. des 14-22 déc. 1889, art 61; L. des 16-24 août 1790, art. 13; L. 7-14 oct. 1790, art. unique). Ainsi, se trouvent consacrés, par des textes se rattachant à la même période et inspirés par les mêmes sentiments, — le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, — le principe de la responsabilité des fonctionnaires publics pour faits relatifs à leurs fonctions, sous la réserve d'une formalité de procédure, — et le principe de la compétence des tribunaux judiciaires, pour apprécier cette responsabilité. Comp. : de Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs* (Paris, 1881), p. 393, et mon *Traité théor. et prat.*, t. 3, nos 946 à 948.

Digitized by Google

qui avait survécu à la constitution elle-même, et qui était, comme on l'a dit, *le bouclier de l'administration contre les rancunes des particuliers et les entreprises de l'autorité judiciaire*. Un décret du 19 septembre 1870 a formellement abrogé l'article 75. Mais, pour apprécier les conséquences de cette abrogation, dans le système des jurisprudences administrative et judiciaire, il faut poser les trois règles suivantes : 1° Les agents du gouvernement peuvent être poursuivis, sans formalité, devant les tribunaux d'ordre judiciaire, même pour les prétendus délits qu'ils auraient accomplis dans les actes de leurs fonctions; 2° Mais ces tribunaux ne peuvent connaître de la poursuite et doivent se déclarer incompétents dans tous les cas où l'examen de la responsabilité pénale ou civile implique l'appréciation d'un acte administratif; 3° Ils sont, au contraire, compétents, toutes les fois que les actes reprochés à l'agent du gouvernement constituent des faits personnels, imputables à l'homme et non à l'administrateur. En résumé, si l'on adopte cette interprétation, le décret de 1870 supprime simplement l'autorisation nécessaire pour poursuivre la *personne* du fonctionnaire, sans toucher au principe de la séparation des pouvoirs qui protège l'*acte*[19].

171. Les faits des ecclésiastiques qui constituent à la fois des délits et des abus peuvent-ils être poursuivis sans conditions préalables et directement devant les juridictions répressives ou, au contraire, la poursuite en est-elle subordonnée à

[19] Aujourd'hui donc, si la poursuite des fonctionnaires publics n'est pas entravée par la nécessité d'obtenir une autorisation préalable, elle est paralysée, presque toujours, par l'exception d'incompétence, exception d'ordre public, qui ne permet pas aux tribunaux judiciaires de connaître des actes administratifs. Deux propositions ont été déposées, en vue de garantir la liberté individuelle, l'une, sur le bureau du Sénat, le 16 déc. 1904, par M. Clémenceau, l'autre, sur le bureau de la Chambre, le 3 févr. 1905, par M. Cruppi, et elles s'occupent l'une et l'autre de cette entrave à la poursuite des fonctionnaires qui attentent à la liberté. Voy. l'analyse de ces propositions dans *Rev. pénit.*, 1905, p. 356 à 365, notamment en ce qui concerne la question, p. 361. Conf. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3e éd., p. 79.

Digitized by Google

une déclaration préalable d'abus devant le Conseil d'État? Cette question, déjà examinée ailleurs[20], ne se posera même plus après la séparation des Églises et de l'État qui aura pour conséquence de faire disparaître la législation archaïque de l'appel comme d'abus. J'indique seulement ici que, en l'état actuel des jurisprudences judiciaire et administrative, l'action publique et l'action civile peuvent être, sans distinction, poursuivies directement devant la juridiction répressive sans déclaration préalable d'abus[21].

[20] Voy. mon *Traité théor. et prat. du droit pénal* (2e éd.), t. 4, n° 1247, p. 162 à 170.

[21] Ce système, depuis longtemps adopté par le Conseil d'État (Cons. d'État, 17 mars 1881, S. 82. 3. 54), est consacré par la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation depuis 1888 (Cass., 2 juin 1888 et 3 août 1888, S. 88. 1. 272 et 488). La loi des 9-11 déc. 1905 *concernant la séparation des Églises et de l'État* (*Journ. off.*, 11 déc. 1905) abroge, du reste, dans son art. 43, « toutes les dispositions relatives à l'organisation publique des cultes antérieurement reconnus par l'État », et notamment la loi du 18 germinal an X, et les articles organiques, les articles 201 à 208, 260 à 264, 294 du Code pénal.

Digitized by Google

CHAPITRE II

DE L'EXERCICE DE L'ACTION CIVILE.

§ XXIX. — NOTIONS GÉNÉRALES.

172. L'action civile peut être portée, soit devant les tribunaux ordinaires, compétents pour en connaître, soit, accessoirement à l'action publique, devant les tribunaux de répression. — **173.** Appréciation de ce système. Revision du Code français de 1808 en Belgique. Propositions repoussées. — **174.** L'article 3 du Code d'instruction criminelle contient une règle et une exception.

172. Le droit de juger les contestations qui rentrent dans la compétence de l'autorité judiciaire est distribué entre des tribunaux de justice civile et des tribunaux de justice répressive. Or, l'infraction peut donner lieu à deux procès : un procès *pénal* et un procès *civil;* de même que les tribunaux de répression sont seuls compétents pour connaître de l'*action publique*, de même les tribunaux civils devraient être seuls compétents pour connaître de l'*action civile*. C'est à cette conséquence que conduiraient les principes mêmes de l'organisation judiciaire et de la compétence. Mais il est à remarquer que les preuves de l'infraction servent le plus souvent à établir le principe et à déterminer le chiffre des dommages-intérêts qui sont l'objet de l'action civile; aussi a-t-il paru *utile* de donner aux tribunaux de répression le droit de se prononcer sur les dommages-intérêts dus à raison de l'infraction, *en même temps* qu'ils se prononcent sur la peine applicable. Seulement, cette attribution *exceptionnelle* des tribunaux répressifs n'a pas fait disparaître l'attribution *ordinaire* des tribunaux civils; de sorte que les parties, lésées par une infraction, peuvent, *à leur choix*, intenter leur action, *en même temps* et *devant les mêmes juges* que l'action publique, ou, *séparément*, devant les *tribunaux civils* (C. instr. cr., art. 3).

C'est là une règle fondamentale de la procédure criminelle

Digitized by Google

française. Elle a eu les plus heureuses conséquences, en permettant, à la partie lésée, d'assurer la répression, dans l'intérêt social, en même temps que, dans son propre intérêt, elle assure la réparation.

173. L'article 4 de la loi belge du 17 avril 1878, contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale, reproduit, à peu près dans les mêmes termes, la disposition de notre Code d'instruction criminelle. Cependant, la question de savoir s'il ne convenait pas d'admettre la compétence *exclusive* des tribunaux civils, pour statuer sur l'action de la partie lésée par un délit, a été l'objet d'une discussion intéressante, dans la commission de revision du Code d'instruction criminelle. Cette commission s'est prononcée pour le maintien du système actuel, « parce qu'il fonctionne, sans « inconvénient sensible, depuis plus d'un siècle en France « et en Belgique ».

Tel a été aussi l'avis de la commission de la Chambre des députés; mais celle-ci a pensé que, tout en maintenant le système de l'option pour la majorité des cas, il y avait lieu d'introduire, après la première phrase de l'article, une disposition ainsi conçue: « Toutefois, le tribunal criminel pourra « ordonner le renvoi devant le tribunal civil, s'il estime que « ce renvoi est motivé par la nécessité d'une plus longue « instruction ».

D'après cette disposition, empruntée au Code de procédure pénale autrichien de 1873 (art. 366)[1], le tribunal de répres-

§ XXIX. [1] Ce Code contient, dans le chap. 21, de nombreuses dispositions concernant l'action civile intentée devant le tribunal de répression. V. *Code d'instr. cr. aut.* (trad. Lyon-Caen et Bertrand), p. 181 à 186. Ce qui est caractéristique du système, c'est que le ministère public doit veiller, dans une large mesure, à la sauvegarde des intérêts privés: 1° en faisant constater d'office le dommage résultant du fait punissable, et les autres circonstances importantes, relatives à ses suites, au point de vue de la partie lésée (art. 365, § 1); 2° en faisant connaître à la partie lésée la procédure criminelle pendante, afin qu'elle puisse user du droit de se joindre à cette procédure. Dans le système français, le ministère public ne se fait, à aucun moment, l'auxiliaire de la partie lésée; c'est la partie lésée qui se fait, d'office et d'initiative, l'auxiliaire du ministère public.

Digitized by Google

sion aurait pu déclarer d'office que les éléments fournis par la procédure n'étaient pas suffisants pour lui permettre de statuer sur l'action civile. La Chambre belge a repoussé cette innovation, dont l'utilité serait surtout appréciable en cour d'assises, où la juridiction est souvent embarrassée pour statuer sur le procès civil[2]. En droit allemand, l'action civile est portée devant les tribunaux ordinaires et ne peut être portée que devant ces tribunaux[3]. La même règle existe dans les Pays-Bas[4]. Deux systèmes se partagent donc, en ce qui concerne cette question de compétence, les législations modernes : l'un qui sépare toujours l'action civile et l'action publique ; l'autre, qui permet à la victime du délit de les réunir dans une seule et même instance. Le second, mieux que le premier, est en rapport avec les intérêts communs de la société et de la victime : il faut faire, de la victime, intéressée personnellement à la poursuite, l'auxiliaire de l'accusation, comme il faut faire de l'accusateur, intéressé à rétablir l'ordre troublé par le délit, l'auxiliaire de la victime. C'est en associant et non en séparant le ministère public et la partie lésée qu'on arrivera à réaliser ce double objectif[5]. D'un autre côté, la réunion des deux actions, dans un même jugement, évite le dualisme et la contradiction des résultats, si

[2] Le ministre de la justice a fait remarquer, à la Chambre des députés belge, que cette disposition s'écartait complètement des règles qui déterminent la compétence des diverses juridictions et que, en outre, elle serait sans utilité dans les instances introduites devant les tribunaux correctionnels. Il est vrai que, pour les demandes en dommages portées devant la cour d'assises, la législation actuelle n'est pas absolument satisfaisante, et que l'article 358 pourrait être amélioré. Ce sera une question à examiner quand le titre traitant des cours d'assises viendra en discussion.

[3] V. C. proc. pén. allemand. § 111, n° 2, qui dispose : « Les personnes intéressées conserveront la faculté de faire valoir leurs droits au moyen d'une action civile ». Comp. Daguin, *Code de procédure pénale allemand*, introduction, p. 87 et 88.

[4] Code de proc. pén. néerlandais, art. 3

[5] Dans cette voie, la procédure du Code autrichien réalise, bien mieux que la procédure du Code français, cette association du ministère public et de la partie lesée. Voy. note 1.

Digitized by Google

déplorables en cas de jugements séparés[6]. C'est dans son ensemble que le juge doit examiner le procès, et il est désirable qu'il y ait une réaction de la peine sur la réparation et de la réparation sur la peine.

174. Il faut noter l'économie même de l'article 3, en vue de son application qui rayonne sur toute la procédure pénale. En réalité, ce texte contient une *règle* et une *exception de compétence*. La règle, c'est que l'action civile, mettant en cause une demande civile, basée sur une créance civile, appartient de droit à la compétence des juridictions civiles : ces tribunaux constituent donc les *juges naturels* de l'action civile. L'exception, c'est que la loi autorise la partie lésée à soumettre son action aux tribunaux de répression, saisis de l'action publique. La limite de cette interversion de compétence se trouve dans la condition même à laquelle on la subordonne : il faut que les deux procès puissent être portés ensemble devant les mêmes juges.

§§ XXX. — DU DROIT D'OPTION, QUI APPARTIENT A LA PARTIE LÉSÉE, ENTRE LA VOIE CIVILE ET LA VOIE CRIMINELLE.

175. Le droit d'option est général, mais il n'est pas absolu. — **176.** Il est général, en ce sens qu'il s'applique à l'action civile dirigée contre toutes les personnes qui répondent du délit et doivent en réparer les conséquences. Les personnes civilement responsables peuvent être assignées devant les tribunaux de répression par la partie civile. Difficultés en ce qui concerne la citation directe devant la cour d'assises. Conditions. — **177.** Le droit d'option de la partie lésée, quoique général, n'est pas absolu. — **178.** Obstacles de fait. — **179.** Obstacles de droit. — **180.** Le droit d'option n'existe pas si l'infraction est de la compétence pénale d'une juridiction d'exception. Tribunaux militaires et maritimes. — **181.** Restriction en ce qui concerne les diffamations commises envers certaines personnes. Article 46 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881. Administrateurs de sociétés financières. Questions que soulève ce cas. Conditions de la prohibition de saisir les tribunaux civils. Caractère de cette prohibition. — **182.** De l'action civile en matière de banqueroute simple ou frauduleuse. Cette action peut être exercée devant les tribunaux de répression dans certaines conditions. Elle ne paraît pas pouvoir l'être devant les tribunaux ordinaires. — **183.** De la règle : *electa una*

[6] Sur la question générale : Roux, *Le ministère public et la partie lésée* (Th. doct., Paris, 1893).

Digitized by Google

via non datur recursus ad alteram. Des deux hypothèses qui peuvent se présenter. Le passage de la voie répressive à la voie civile n'est pas interdit. Mais le passage de la voie civile à la voie répressive doit l'être. — **184.** L'application de la règle : *electa una via...*, quelque étendue que l'on donne à son application, exige le concours de trois conditions. Il faut : 1° que la demande successivement portée devant les deux ordres de juridictions soit identiquement la même; 2° que l'option soit exercée en connaissance de cause; 3° que la juridiction saisie la première ait eu le droit de statuer. — **185.** Caractère de la fin de non recevoir fondée sur la maxime : *electa una via.*

175. La règle qui ouvre à la partie lésée l'option entre la voie civile et la voie criminelle est *générale*, mais elle n'est pas *absolue*.

176. Elle est *générale*, en ce sens qu'elle s'applique à l'action civile dirigée contre toutes les personnes qui répondent du délit et doivent en réparer les conséquences.

I. Les *personnes civilement responsables* de l'infraction peuvent, par suite, être traduites devant les tribunaux de répression. L'action civile dirigée contre ces personnes naît, en effet, du délit, et l'article 3 du Code d'instruction criminelle, portant que l'action civile peut être poursuivie, en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, ne permet de faire aucune distinction entre les divers défendeurs au procès. Il est incontestable qu'en vertu même des dispositions des articles 145 et 190 du Code d'instruction criminelle, la partie lésée a la faculté de traduire, devant les *tribunaux de police simple ou correctionnelle*, les personnes civilement responsables de l'infraction[1]. Mais lui est-il permis de les citer devant les *cours d'assises*? On l'a contesté, en se fondant sur ce que les cours d'assises ne sont investies du droit de connaître de la responsabilité civile par aucune disposition

§ XXX. [1] Le premier de ces textes, l'article 145, à propos des citations pour contraventions de police, dit qu' « il en sera laissé copie au prévenu, ou à la *personne civilement responsable* ». L'article 190, à propos de l'instruction devant les tribunaux correctionnels, indique, comme défendeurs au procès, « le prévenu et les *personnes civilement responsables du délit* », qui « pourront répliquer » au procureur de la République. Voy. également les articles 182 et 192.

Digitized by Google

expresse de la loi[1]. Mais il suffit qu'aucun texte ne déroge au droit commun pour que le droit commun reste applicable. Du reste, l'article 74 du Code pénal comprend les cours, devant lesquelles sont portées les affaires criminelles, au nombre des tribunaux éventuellement appelés à statuer sur les cas de responsabilité civile[2].

II. Mais la partie lésée ne peut citer la personne civilement responsable, devant les tribunaux de répression, qu'à la condition d'y *appeler* ou d'y *trouver* l'auteur même de l'infrac-

[1] Haus, *op. cit.*, t. 2, n° 1358. Les raisons ne manquent pas, en effet, pour le soutenir, par des arguments tirés de la procédure. On peut dire que le droit de citation directe devant la cour d'assises n'existe pas, sauf en matière de presse; que l'économie tout entière du Code d'instruction criminelle proteste contre ce droit, ce Code ne prévoyant de demandes possibles qu'entre la partie civile et les individus déférés par le ministère public aux assises, toute la procédure devant la cour étant réglée au point de vue de ces seules personnes (art. 331, 335, 362, 366, 371 et 373. On fait remarquer que la personne citée serait dans l'impossibilité de discuter aucun témoignage, aucune notification de témoins n'étant délivrée, et qu'elle ne pourrait se défendre; enfin, que le civilement responsable, non touché par la citation et défaillant, n'aurait aucun moyen légal de faire opposition à l'arrêt rendu. On fait remarquer également que le Code d'instruction criminelle n'ouvre formellement le recours en cassation contre les arrêts de cours d'assises, qu'à l'accusé condamné, au procureur général et à la partie civile (art. 373); tandis qu'il accorde la faculté de se pourvoir en matière correctionnelle et de police, non seulement à la partie civile, au prévenu et au ministère public, mais encore aux personnes civilement responsables du délit ou de la contravention.

[2] La solution n'est pas douteuse en jurisprudence: Cass., 18 juin 1647 (S. 48. 1. 783); 25 févr. 1848 (S. 48. 1. 415); 2 avr. 1854 (D. 59. 1. 137); Cour d'assises de la Seine, 14 nov. 1905 (Richard, Rey, du Chambon) : « Considérant que, quel que soit l'inconvénient, au point de vue de la marche des débats, de l'appel de la partie civilement responsable devant la cour d'assises, il faut reconnaître qu'aucun texte de loi n'interdit, à la partie civile, régulièrement constituée, d'appeler au procès criminel la partie civilement responsable et qu'aucun texte du Code d'instruction criminelle ne l'en exclut; que, spécialement, l'article 74 du Code pénal renvoie aux dispositions de droit commun; que la partie civile, au contraire, puise son droit dans les dispositions générales des articles 3 du Code d'instruction criminelle et 74 du Code pénal ». Comp. Hoffman, *op. cit.*, t. 1, n° 98; Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 8, n° 3885.

Digitized by Google

tion, car la juridiction répressive n'est compétente pour connaître de l'action civile que si elle est saisie, en même temps, de l'action publique, et cette action ne peut être dirigée que contre les auteurs ou les complices du délit[4]. Toutefois, il est admis, en jurisprudence, que lorsque la partie civilement responsable a été seule citée, elle ne doit pas être renvoyée purement et simplement de la demande; mais que le tribunal doit surseoir à statuer, en ce qui concerne le prévenu, et fixer un délai dans lequel il sera mis en cause[5].

La responsabilité civile peut, dans certaines circonstances exceptionnelles, être étendue jusqu'aux condamnations pénales à l'amende et à la confiscation : il en est ainsi, par exemple, en matière de contributions indirectes et de douanes. Si la personne civilement responsable est soumise, par des lois spéciales, aux peines encourues par ses subordonnés ou préposés, la nécessité de citer concurremment l'auteur du délit n'apparaît pas, puisque l'action publique et l'action civile se confondent[6].

III. Le tribunal de répression aurait-il le droit, en relaxant ou en acquittant le prévenu ou l'accusé, de prononcer une condamnation à des dommages-intérêts contre la personne civilement responsable? Sans doute, malgré le relaxe ou l'acquittement, il peut rester, à la charge de l'accusé ou du prévenu, un fait illicite et dommageable, dont toute partie lésée a le droit de poursuivre en justice la réparation, même contre les personnes civilement responsables du fait

[4] Jurisprudence constante : Cass., 17 avr. 1878 (D. 79. 1. 234); Montpellier, 25 juin 1867 (D. 70. 2. 183). La doctrine est unanime. Sans le prévenu, en effet, dit Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 34, « le tribunal n'a point à prononcer sur l'application de la peine, l'action publique n'est pas mise en mouvement, il n'existe qu'une simple action civile ». Conf. Blanche, *Études sur le Code pénal*. t. 1, n° 348; Chauveau et Hélie, *Théorie*, t. 2, p. 298; Faustin Hélie, *op, cit.*, t. 2, n° 612.

[5] *Sic*, Cass., 9 juin 1832 (S. 32. 1. 744); 31 janv. 1833 (*B. cr.*, n° 28); 25 nov. 1836 (S. 37. 1. 739). Mais cette jurisprudence est contestable.

[6] C'est, sans doute, ce qu'a voulu décider un arrêt de rejet de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 31 janv. 1873 (*B. cr.*, n° 31). Il s'agissait d'une personne citée comme civilement responsable d'une contravention d'octroi, et elle avait été condamnée comme pénalement responsable.

Digitized by Google

d'autrui ; mais elle ne saurait le faire valablement que par une action en dommages-intérêts ordinaire, de la compétence des tribunaux civils. Il faut en conclure, sans difficulté, que les tribunaux de police simple ou correctionnelle seraient incompétents, en relaxant le prévenu, pour condamner à des dommages-intérêts la personne civilement responsable[7], comme ils seraient incompétents pour prononcer cette même condamnation contre le prévenu relaxé. Mais la cour d'assises, qui a la plénitude de juridiction, aurait incontestablement le droit de statuer sur l'action civile tout entière, même en cas d'acquittement de l'accusé (C. instr. cr., art. 366)[8].

IV. La victime du délit qui appelle ou trouve, devant la juridiction répressive, en se constituant partie civile, tous ceux qui répondent de l'infraction, a le droit de diriger uniquement ses conclusions contre les personnes civilement responsables, en négligeant les auteurs mêmes de l'infraction[9].

V. La partie lésée a le droit de diviser son action, et de citer l'auteur du délit devant le tribunal de répression, le responsable civilement devant le tribunal ordinaire, sauf, pour ce dernier tribunal, à prononcer un sursis par application de la règle : *Le criminel tient le civil en état,* et à tenir compte du jugement que prononce le tribunal de répression dans la mesure où la chose jugée au criminel s'impose au juge civil.

[7] *Sic,* Cass., 16 avr. 1875 (S. 75. 1. 240); 12 juin 1886 (D. 87. 1. 45).

[8] Il y aurait toutefois à éviter des dispositions contradictoires dans l'arrêt, et, la plupart du temps, la disposition, qui renverrait d'instance le prévenu sur l'action civile, serait incompatible avec celle qui condamnerait la personne civilement responsable à des dommages-intérêts. L'arrêt pourrait être alors annulé, non pour incompétence, mais pour motifs contradictoires équivalant à absence de motifs.

[9] V. en ce sens : Cass., 19 févr. 1866 (S. 66. 1. 214); 2 déc. 1881 (S. 82. 1. 44). C'est qu'en effet, par cela seul que le prévenu se trouve en cause, le tribunal de répression peut statuer sur l'action civile. Cette présence du prévenu, suffit donc pour lui donner compétence. Or, le tribunal compétent ne doit statuer que sur les conclusions dont il est saisi, et la direction exclusive du procès civil appartenant à la victime du délit, celle-ci peut exclusivement diriger ses conclusions contre la personne civilement responsable.

Digitized by Google

177. Le droit d'option de la partie lésée entre les deux ordres de tribunaux, quoique général, *n'est pas absolu*.

178. Il y a d'abord des *obstacles de fait* qui peuvent empêcher l'exercice régulier de l'action devant les tribunaux de répression. C'est ce qui arrive toutes les fois que l'action publique est éteinte par une circonstance qui laisse subsister l'action civile, telle que le décès de l'auteur de l'infraction, l'amnistie, la chose jugée. Dans ces cas, la partie lésée sera bien obligée de saisir le juge civil, resté uniquement compétent pour statuer sur son procès.

179. De plus, il y a les *obstacles de droit* qui s'opposent à ce que la partie lésée saisisse l'une ou l'autre des deux juridictions, ordinairement compétentes, tantôt les tribunaux de répression, tantôt les tribunaux civils.

180. Le caractère du droit d'option doit d'abord en restreindre l'application aux cas ordinaires. C'est ainsi que les tribunaux militaires et maritimes, les conseils de préfecture, le Sénat constitué en Haute-Cour de justice, et, en général, toutes les juridictions, exceptionnellement investies par la loi d'une compétence pénale, ne peuvent statuer sur l'action civile, naissant du délit dont la répression leur est cependant confiée. Ces tribunaux n'ont pas à exercer leur juridiction dans l'ordre des intérêts privés[10] : ils peuvent seulement ordon-

[10] C'est que, en effet, leur compétence pénale est déjà exceptionnelle. Pour faire dériver de cette compétence pénale exceptionnelle, une compétence civile, il faudrait un texte spécial. *Sic*, Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 5, n° 2395. Conf. Mangin, *Traité de l'instruction écrite et de la compétence*, t. 2, n° 184. — En ce qui concerne les juridictions militaires, l'article 56 du Code de justice militaire du 9 juin 1858 dispose expressément que l'action civile ne peut être poursuivie que devant les tribunaux civils. Il n'y a d'exception, que pour la justice prévotale (art. 75). Le Code de justice militaire pour l'armée de mer du 4 juin 1858 dispose également, dans l'article 75, que l'action civile ne peut être portée devant les tribunaux maritimes. Conf. article 21 de la loi du 10 mars 1891 sur les accidents et collisions de mer. Il y aurait donc lieu à cassation, pour incompétence, d'un jugement du conseil de guerre maritime qui, statuant sur l'action civile à laquelle l'infraction pouvait donner lieu, aurait condamné solidairement les

Digitized by Google

ner, au profit des propriétaires, la restitution des objets saisis ou des pièces à conviction, lorsqu'il n'y a pas lieu d'en prononcer la confiscation (C. just. mil., art. 53 et 54 ; C. just. marit., art. 74 et 75).

181. Une autre exception à la règle d'après laquelle la partie lésée est libre de porter son action, soit devant les tribunaux civils, soit devant les tribunaux de répression, résulte de l'article 46 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881.

Un fait de publication par la voie de la presse constitue un délit pénal dommageable : c'est une diffamation ou une injure : la victime de l'infraction a-t-elle le droit d'opter entre la juridiction civile et la juridiction répressive et de saisir de son action l'une ou l'autre, à son choix ?

Le droit, pour la victime d'une infraction, de s'adresser, à son choix, aux tribunaux civils ou aux tribunaux de répression, ne saurait être méconnu dans son application spéciale aux délits de presse. Si des difficultés se sont élevées à une certaine époque, elles sont aujourd'hui bien éteintes et personne ne peut douter de la faculté générale, qui appartient à tout individu, diffamé ou injurié, de saisir, s'il lui plaît, de son action en dom-

inculpés à la réparation du dommage occasionné par leur faute (Cass., 10 avril 1884, *B. cr.*, n° 132). — En ce qui concerne les conseils de préfecture, leur incompétence sur l'action civile, lorsqu'ils sont compétents en matière répressive, est proclamée par un Avis du Conseil d'État du 20 sept. 1809 (D. A., v° *Voirie par terre*, p. 191). — En ce qui concerne la Haute-Cour de justice, établie par l'article 9 de la loi constitutionnelle des 24 et 28 février 1875 et par l'article 12 de celle des 16 et 18 juillet 1875 pour juger le président de la République, les ministres et les personnes coupables d'attentats contre la sûreté de l'État (qualification qui comprend le complot : Haute-Cour de justice, 13 nov. 1893, S. 1901. 2. 1), aucun texte ne lui donnant le droit de statuer sur l'action civile, elle serait naturellement incompétente pour le faire. Il en était autrement de la Haute-Cour de justice impériale. S'appuyant sur l'article 17 du sénatus-consulte du 27 mars 1870, celle-ci s'était reconnu le droit de prononcer des dommages-intérêts : Haute-Cour, 27 mars 1870, aff. Salmon contre prince Pierre Bonaparte (D. 71 2. 79). Mais en l'absence d'un texte spécial, qui n'existe pas dans nos lois constitutionnelles, l'application des règles générales exclut toute intervention de la Haute-Cour dans l'ordre des intérêts privés.

Digitized by Google

mages-intérêts, les tribunaux civils [11]. Une exception, relativement ancienne dans notre législaton, puisqu'elle remonte à 1848, et que la loi du 29 juillet 1881 sur la presse a respectée, existe cependant en ce qui concerne les diffamations commises « envers les cours, les tribunaux, les armées de terre et de mer, les corps constitués et les administrations publiques », et celles adressées, à raison de leurs fonctions ou de leurs qualités, « envers un ou plusieurs membres du ministère, un ou plusieurs membres de l'une ou de l'autre Chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un ministre de l'un des cultes salariés par l'État, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public, temporaire ou permanent, un juré ou un témoin à raison de sa déposition [12] ». Ces délits sont prévus par les articles 30 et 31 de la loi du 29 juillet 1881, et l'article 46 de cette même loi décide que « l'action civile, résultant des délits de diffamation prévus et punis par les articles 30 et 31, ne pourra, sauf le cas de décès de l'auteur du fait incriminé ou d'amnistie, être poursuivie séparément de l'action publique ».

Pour comprendre le motif de cette disposition et, par conséquent, sa portée, il faut remonter à son origine. Avant 1848, une vive controverse s'était élevée sur le point de savoir si les fonctionnaires publics, attaqués par la presse, à raison de faits relatifs à leurs fonctions, pouvaient saisir d'une action en dom-

[11] Circ. min. Just., 9 nov. 1881 : « L'action civile pourra toujours être portée devant la juridiction criminelle ou correctionnelle avec l'action publique ; mais elle pourra aussi être exercée séparément, conformément à l'article 3 du Code d'instruction criminelle ». Comp. G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, t. 3, n° 1269.

[12] Ainsi l'action civile ne peut être exercée qu'accessoirement à l'action publique aux cas : 1° de diffamation envers les cours et tribunaux, les armées de terre ou de mer, les corps constitués et les administrations publiques ; 2° de diffamation, à raison de leurs fonctions ou de leur qualité, envers les ministres, les sénateurs, les députés, les fonctionnaires publics, les dépositaires ou agents de l'autorité publique, les ministres du culte, les citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public, temporaire ou permanent ; 3° de diffamation, à raison de leurs fonctions, ou de leur qualité, envers les jurés ; 4° de diffamation, à raison de leur déposition, envers les témoins.

Digitized by Google

mages-intérêts les tribunaux civils. On avait contesté d'abord le droit même du fonctionnaire, atteint dans sa considération ou son honneur, d'obtenir une réparation privée. Et, même en admettant l'existence de l'action civile, distincte de l'action publique, on avait prétendu imposer à la partie lésée l'obligation d'agir toujours devant les tribunaux de répression. Mais la jurisprudence des cours et tribunaux, celle de la Cour de cassation notamment, n'avait jamais varié : elle avait constamment jugé que les fonctionnaires pouvaient saisir les tribunaux civils d'une action privée en réparation[13]. Il suffit de se reporter aux journaux, aux revues, aux recueils de l'époque, pour comprendre l'émotion qu'avait soulevée cette jurisprudence; sans doute, elle était fondée sur le droit commun, mais la question s'élevait précisément de savoir si la diffamation, dans ce cas, devait rester sous l'empire du droit commun : « La vie privée des fonctionnaires n'appartient qu'à eux seuls, disait M. de Serres, dans l'exposé des motifs de la loi du 26 mai 1819; leur vie publique appartient à tous. C'est le droit, c'est souvent le devoir de chacun de leurs concitoyens de leur reprocher publiquement leurs torts et leurs fautes publiques ». Aussi, à toutes les époques de liberté, deux garanties sont données contre le fonctionnaire : le droit de prouver la vérité des faits prétendus diffamatoires; l'assurance que l'appréciation de ces faits et de leur preuve sera soumise à des jurés. Or, ce qu'essayait le fonctionnaire diffamé, lorsqu'il saisissait le tribunal civil et séparait l'action civile de l'action publique, c'était précisément d'obtenir, de fonctionnaires comme lui, par le résultat d'une enquête à huis-clos, sans avoir à se commettre au danger d'un débat public sur la vérité des faits imputés, une répression civile, au moyen d'une somme d'argent. Le pouvait-il? Il était certainement permis d'en douter. La jurisprudence lui avait cependant reconnu ce droit : mais, sous l'influence de vives attaques, que cette solution avait motivées, un décret du Gouvernement provisoire, en date du 22

[13] Comp. Cass., 6 mai 1847 (S. 47. 1. 137), et les conclusions contraires du procureur général Dupin; Chassan, *op. cit.*, t. 2, p. 202 et suiv., nos 1437 et suiv., et *Suppl*, p. 15.

Digitized by Google

mars 1848, décida que les tribunaux civils seraient, à l'avenir, incompétents pour statuer sur les actions civiles des fonctionnaires diffamés. La loi du 15 avril 1871 (art. 4) reproduisit cette disposition, qui a été recueillie par l'article 46 de la loi du 29 juillet 1881 [14].

Ceci posé, une première question s'élève. On sait que la loi sur la presse distingue, au point de vue de la diffamation, deux catégories d'individus : d'une part, ceux qui sont revêtus, à un titre quelconque, d'un caractère public; d'autre part, les simples particuliers. La preuve des faits diffamatoires, qui ne peut être rapportée, quand il s'agit de diffamation envers les particuliers, est, au contraire, recevable, aux termes de l'article 35, en ce qui concerne la diffamation commise envers les personnes publiques à raison de leurs fonctions. Or, d'une part, les directeurs et administrateurs d'entreprises financières, faisant publiquement appel à l'épargne et au crédit, sont, au point de vue de l'admissibilité de la preuve, assimilés, par l'article 35, aux fonctionnaires publics. D'autre part, l'article 45 qui, d'une façon générale, défère à la cour d'assises, les délits prévus par la loi sur la presse et, par conséquent, le délit de diffamation envers les personnes agissant en un caractère public prévu par l'article 31, défère, par exception, au tribunal correctionnel, le délit de diffamation envers les particuliers prévu par l'article 32. Les administrateurs d'entreprise financière n'étant que des particuliers, il semble que la diffamation qui les atteint sort de la compétence des tribunaux correctionnels. Mais l'article 52, qui organise la procédure relative à la preuve des faits diffamatoires prétendus devant la cour d'assises, se réfère, sans aucune réserve, aux dispositions de l'article 35, dont l'un des derniers paragraphes est précisément relatif aux administrateurs d'entreprises financières. Enfin, l'article 46, qui interdit l'exercice séparé de l'action civile devant les tribunaux de

[14] Sur cette disposition : Barbier, *Code expliqué de la presse*, nos 853 et suiv.; G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, nos 1290 et 1291; Fabreguettes, *Traité des délits politiques, et des infractions par la parole, l'écriture et la presse*, t. 1, p. 336, 436.

Digitized by Google

répression, vise simplement les diffamations commises envers les personnes publiques. En face de ces textes contradictoires, un certain nombre de problèmes se sont posés.

Quelle est, de la cour d'assises ou du tribunal correctionnel, la juridiction compétente pour connaître de la diffamation commise envers les administrateurs d'entreprises financières? Pour décider, comme elle l'a toujours fait, que les tribunaux correctionnels sont compétents, la Cour de cassation raisonne ainsi[95] : Les administrateurs d'entreprises financières ne sont assurément pas des fonctionnaires publics ni des personnes chargées d'un service ou d'un mandat public ; ils ne peuvent donc, à aucun titre, être classés au nombre des personnes visées par l'article 31 et doivent nécessairement être rangés dans la catégorie des simples particuliers, pour lesquels l'article 45 établit la compétence des tribunaux correctionnels. Le raisonnement est, en effet, pressant; il n'est même pas susceptible d'une réfutation directe ; mais la solution à laquelle il conduit est si peu conforme à l'esprit et au but de la loi, des articles 52 et suivants, qu'il est permis de douter de son exactitude. Néanmoins, la jurisprudence est depuis longtemps fixée sur la compétence du tribunal correctionnel. Mais en admettant la compétence du tribunal correctionnel dans ce cas, il reste à se demander s'il faut, en ce qui concerne la preuve des faits diffamatoires devant cette juridiction, se conformer aux règles spéciales tracées par la loi sur la presse ou suivre simplement les règles du droit commun. C'est la première solution qui doit être acceptée. L'article 52, se référant à l'article 35, il résulte, en effet, de la combinaison de ces deux textes, que les garanties spéciales, édictées par la loi sur la presse pour organiser la preuve en matière de diffamation, doivent être observées dans tous les cas où la preuve est admise : ces garanties étant d'ailleurs déterminées par la nature même du délit et non par celle de la juridiction qui en est saisie, doivent protéger les parties devant les tribunaux cor-

[95] La jurisprudence est fixée dans ce sens. Comp. Cass., 29 juin 1882 (S. 83. 1. 47; D. 82. 1. 383); Voy. G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, t. 3, n° 1330, p. 335).

Digitized by Google

rectionnels comme devant les cours d'assises. Tel est le raisonnement de la jurisprudence et il faut reconnaître qu'il est conforme au texte ainsi qu'à l'esprit de la loi [16].

Mais une nouvelle difficulté surgit qui nous ramène à notre sujet. Le but de la loi, en assimilant, aux fonctionnaires publics, les administrateurs d'entreprises financières, au point de vue de la preuve (ce qui est certain) et au point de vue de la compétence du jury (ce qui est contesté), a été certainement de donner aux écrivains le privilège de pouvoir dénoncer, sans craindre une répression, les abus des uns et des autres. Eh bien, un administrateur d'entreprises financières est diffamé ou se prétend diffamé comme tel : a-t-il, pour protéger son honneur et celui de son entreprise, la faculté de choisir entre le tribunal civil et le tribunal de répression? Peut-il se ménager, par un détour que l'article 46 de la loi sur la presse a pour objet de déjouer s'il est essayé par un fonctionnaire, une victoire sur l'écrivain qu'il n'ose pas accuser devant ses juges naturels? L'esprit de la loi s'y oppose. Cependant, à défaut de texte, il paraît difficile d'écarter le droit commun de l'option. Mais la preuve de la vérité du fait diffamatoire peut être rapportée devant le tribunal civil comme devant le tribunal correctionnel puisqu'elle met le diffamateur à l'abri non seulement de toute peine, mais aussi de toute condamnation à des dommages-intérêts.

Il faut en conclure que les tribunaux civils violeraient le droit de défense et les dispositions de l'article 35 de la loi sur la presse, s'ils privaient le défendeur de ce moyen de défense au fond, en lui refusant de faire, tant par titres que par témoins, et suivant la forme de la procédure d'enquête, la preuve des faits pertinents et admissibles par lui articulés et tendant à établir la vérité des imputations qui lui sont reprochées [17].

L'incompétence des tribunaux civils, pour connaître de l'action civile des personnes diffamées à l'occasion de leurs fonc-

[16] Voy. l'arrêt précité de la Cour de cassation du 29 juin 1882. Comp. G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, t. 3, n° 1549.

[17] *Sic*, Cass., 18 mars 1889 (D. 90. 1. 160).

Digitized by Google

tions, est d'ordre public. Par suite, l'accord du demandeur et du défendeur pour soumettre le procès à la juridiction civile, serait impuissant à lui donner compétence, et le contrat judiciaire qui interviendrait, dans ce cas, ne pourrait modifier des règles d'ordre public[18].

Trois conditions sont, du reste, nécessaires pour écarter l'application du régime de l'option : 1° Il faut, d'abord, que l'imputation que le demandeur prétend déférer au tribunal civil présente les caractères légaux d'un délit de diffamation. Ainsi, la juridiction civile peut être valablement saisie, lorsque le défaut de précision des imputations est exclusif du délit de diffamation ou lorsque l'imputation n'a été accompagnée d'aucune des circonstances constitutives de la publicité exigée pour la diffamation punie par les lois sur la presse. 2° Il faut aussi que la diffamation publique ait été commise à raison des fonctions. La relation entre la vie publique et l'allégation diffamatoire est une condition de l'exception d'incompétence[19]. 3° Il faut enfin que l'action publique ne

[18] Aucun doute sur ce point : Cass., 29 août 1889 (*B. cr.*, n° 294); 11 juin 1898 (S. 1900. 1. 435; D. 98. 1. 510).

[19] Il arrive souvent que les propos diffamatoires visent un fonctionnaire, à la fois dans sa vie privée et dans sa vie publique. Il y a, dans ce cas, deux théories qui jouent leur rôle, pour la solution de la difficulté de compétence : celle du *concours d'infractions* et celle de l'*indivisibilité* et de la *connexité*. En principe, la jurisprudence de la Cour de cassation juge qu'il y a un *concours matériel* d'infractions, chaque phrase ou chaque mot constituant un délit distinct, soit une injure, soit une diffamation, et, s'il s'agit d'une diffamation, soit contre l'homme public, soit contre l'homme privé. Le fonctionnaire atteint, dans sa vie publique et dans sa vie privée, peut donc, à la condition de faire abstraction de toutes les imputations qui l'atteignent dans sa vie publique, porter son action en réparation devant le tribunal civil. C'est là un concours matériel d'infractions. Mais il en est autrement, et il y a concours idéal, c'est-à-dire un fait connexe et pluralité de délits, quand les imputations se lient et sont indivisibles. Alors une seule juridiction, la cour d'assises, est compétente pour statuer sur l'ensemble, au point de vue pénal comme au point de vue civil. Voy. Cass., 15 mars 1894 (S. 94. 1. 255); Trib. de Montdidier, 19 avr. 1901 (*La Loi*, n° 28, 29 avr. 1901). Comp. mon *Traité théor. et prat.*, t. 3, n°s 715 et 716; G. Le Poittevin, *op. cit.*, t. 3, n° 1290, p. 335; Emile Larcher, *Du concours idéal d'infractions* (*Rev. crit.*, 1898, p. 96 à 113); Fabreguettes, *op. cit*, t. 1, p. 334.

Digitized by Google

soit pas éteinte et permette de suivre le procès pénal. L'article 46 de la loi du 29 juillet 1881, de même que l'article 4 de la loi du 15 avril 1871, fait cesser la prohibition de saisir la juridiction civile, lorsque l'action publique est éteinte par l'une des deux causes suivantes : le décès de l'auteur de la diffamation ou l'amnistie. Ce n'est là que le rappel de principes généraux [20].

182. Une autre restriction, dont la portée reste indécise, résulte des dispositions du Code de commerce sur la banqueroute.

La compétence répressive appartient, en cette matière, conformément au droit commun, au tribunal correctionnel ou à la cour d'assises, selon qu'il s'agit de banqueroute simple ou de banqueroute frauduleuse. Qui peut jouer, devant ces juridictions, le rôle de partie lésée et, par suite, agir par voie de citation ou par voie d'intervention ? Soit les syndics, soit un ou plusieurs créanciers individuellement (C. com., art. 584). Toutefois, en cas de banqueroute simple, les syndics ne peuvent agir, au nom de la masse, qu'après y avoir été autorisés par une délibération prise à la majorité individuelle des créanciers (C. com., art. 584). Cette autorisation est exigée à raison des conséquences dommageables que peut avoir, pour la masse, au point de vue des frais, les poursuites exercées par le syndic. Au contraire, devant la cour d'assises, où le même risque n'est pas encouru, le syndic peut intervenir sans autorisation.

Malgré la condamnation pour banqueroute simple ou frauduleuse, le tribunal de commerce, qui a rendu le jugement, reste compétent pour connaître de tout ce qui concerne la faillite, et la procédure réglée par le Code de commerce suit son cours comme s'il n'y avait pas banqueroute (C. com.,

[20] Voy. notamment un autre cas dans un arrêt de Cass. req., du 22 février 1875 (S. 75. 1. 164; D. 75. 1. 324). Lorsque l'action civile a été poursuivie d'abord simultanément avec l'action publique et que l'arrêt vient à être cassé pour vice de forme, elle peut être jugée séparément par la juridiction civile devant laquelle elle a été renvoyée par la Cour de cassation.

Digitized by Google

art. 600). Toutefois, cela n'est vrai que sous une certaine restriction. En effet, le tribunal correctionnel ou la cour d'assises statuent : 1° d'office, sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits; 2° sur les dommages-intérêts qui seraient demandés (C. com., art. 595). Ces décisions s'appliquent même au cas d'acquittement. C'est le droit commun pour la cour d'assises, qui peut statuer sur les dommages-intérêts prétendus par la partie civile, même en cas d'acquittement de l'accusé (C. instr. cr., art. 358). Mais il y a là une dérogation au principe selon lequel le tribunal correctionnel ne peut condamner le prévenu à des dommages-intérêts qu'autant qu'il reconnaît l'existence de l'infraction au point de vue pénal (C. instr. cr., art. 191 et 212). L'extension de la compétence du tribunal correctionnel est motivée sur l'incompétence du tribunal civil pour prononcer des dommages-intérêts en cas de banqueroute simple ou frauduleuse.

Il semble, en effet, résulter de l'ensemble des textes du Code de commerce qu'en dehors de l'action civile en dommages-intérêts, intentée devant les tribunaux de répression, accessoirement à une poursuite répressive, soit par le syndic, soit par les créanciers, les parties lésées par un fait de banqueroute ne pourraient pas individuellement demander au failli des dommages-intérêts devant les tribunaux ordinaires. Le motif de cette exclusion repose sur le principe d'égalité qui doit régner entre tous les créanciers d'une faillite et qui interdit, comme conséquence, l'allocation de dommages-intérêts au profit de l'un d'eux qui prétendrait être lésé par un fait de banqueroute. Devant les tribunaux répressifs, leur intervention s'explique et a pour but, à titre d'auxiliaires du ministère public, d'obtenir la punition du coupable (C. com., art. 601)[21].

[21] Toutes ces dispositions sont, du reste, assez obscures dans leurs relations avec les règles de la procédure criminelle. Voy. pour des applications : Cass., 7 nov. 1840 (S. 41.1. 84), arrêt décidant que les tribunaux ne peuvent, en matière de banqueroute simple ou frauduleuse, accorder de dommages-intérêts aux parties civiles; Cass., 9 mai 1846 (*B. cr.*, n° 117), d'après

Digitized by Google

183. Sauf ces cas exceptionnels, la partie lésée par une infraction a la faculté de porter son action, soit devant les tribunaux civils, soit devant les tribunaux répressifs[22] : mais peut-elle varier dans son choix? Peut-elle, après avoir porté son action devant le tribunal de répression, se désister pour saisir le tribunal civil, ou, réciproquement, après avoir porté son action devant le tribunal civil, se désister pour saisir le tribunal de répression? Dans notre ancienne jurisprudence, qui s'inspirait de textes du droit romain, plus ou moins exactement interprétés, cette double question était résolue négativement et on formulait, comme une règle générale et absolue, l'adage : *una electa via non datur recursus ad alteram*[23]. On se demande, dans le silence de la loi moderne[24], si cette règle doit être encore admise. La jurisprudence paraît faire une distinction entre les deux termes du problème, c'est-à-dire le passage de la voie civile à la voie criminelle, ou celui de la voie criminelle à la voie civile.

1. Si la partie lésée a, tout d'abord, porté son action devant le tribunal de répression, soit par action directe, soit par

lequel la condamnation à des dommages-intérêts prononcée par la cour d'assises contre un failli, en faveur de quelques-uns de ses créanciers qui se seraient portés parties civiles, dans une accusation de banqueroute frauduleuse, ne créerait pas, en faveur de ses créanciers, un privilège au préjudice des autres créanciers.

[22] Il ne peut y avoir qu'une action pour un droit. Et, ici, le droit à la réparation est unique. Mais il peut y avoir plusieurs manières de l'exercer. Comp. Garsonnet, *Traité théor. et prat. de proc.* (2e édit.), t. 1, n° 291.

[23] Comp. Jousse, *De la justice criminelle*, t. 3, p. 10. L'ordonnance de 1667 confirma cette règle en matière d'actions possessoires (tit. XVIII, art. 2) : « Celui qui aura été dépossédé par violence ou voie de fait pourra demander la réintégrande par action civile et ordinaire ou extraordinairement par action criminelle, et, s'il a choisi l'une de ces deux actions, il ne pourra se servir de l'autre. »

[24] Le seul texte qui paraisse faire allusion à cette règle ancienne est l'article 5, n° 5, de la loi du 25 mai 1838, qui a passé dans l'article 6, n° 3, de la loi du 12 et du 13 juillet 1905 sur les justices de paix. Voy. Regnault, *De la voie civile et de la voie criminelle* (*Rev. crit. de législation et de jurisprudence* (t. 28, 1866, p. 410 et suiv.); Bazot, *De la maxime : Una via electa* (*Rev. prat.*, t. 35, 1877, p. 553 et suiv.).

Digitized by Google

intervention, elle peut se désister par voie d'abandon d'instance[25] et recommencer le même procès devant le tribunal civil, car, outre que la maxime « *una via electa* » n'est consacrée, dans le droit actuel, par aucun texte, le défendeur serait mal venu à se plaindre de ce que le demandeur renonce à l'action la plus rigoureuse pour intenter celle qui lui est le plus favorable[26]. Merlin[27] a dit excellemment : « Comme il m'est permis de renoncer à mon propre avan« tage et que mon adversaire ne serait pas recevable à se « plaindre de ce que je n'use pas contre lui de la rigueur de « mon droit, je peux, après avoir rendu plainte d'un délit « qui m'a causé dommage et avant qu'il y ait été statué, « renoncer à la voie criminelle pour prendre la voie civile ».

On objecterait, en vain, l'article 5, § 5, de la loi du 25 mai 1838[28], qui détermine la compétence des juges de paix, à l'égard des actions civiles pour rixes, voies de fait, injures et diffamations verbales « lorsque les parties ne se sont pas « pourvues par la voie criminelle ». Ce texte qui, d'après certains auteurs, ne serait qu'une application particulière de la règle : « *una electa via* », ne dit pas, bien qu'il semble le laisser supposer, qu'il soit interdit de porter l'action devant le juge de paix, quand la partie a déjà intenté le procès devant

[25] Le désistement de la partie civile s'impose au prévenu ou à l'accusé s'il est fait dans le délai de l'article 67 du Code d'instruction criminelle. En dehors de ce délai, il doit, comme tout désistement, être accepté (C. proc. civ., art. 403). C'est ce que nous expliquons plus loin.

[26] C'est le système de la jurisprudence. Cass., 3 mai 1846 (D. 46. 1. 316); 11 juin 1846 (D. 46. 1. 281); 18 novembre 1854 (D. 56. 1. 348); Montpellier, 10 mai 1875 (D. 76. 2. 107; S. 75. 2. 328). *Adde*, Cass., 12 juin 1890 (D. 90. 1. 489; S. 92. 1. 430); 4 août 1894 (D. 97. 1. 266). Pour la doctrine, Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 2, n° 617; Mangin, *Actions*, t. 1, n° 35; Berriat-Saint-Prix, *Tribunal correctionnel*, n°s 410 et suiv.

[27] *Questions de droit*, v° *Option*, § 1, n°s 1 et 2.

[28] Aujourd'hui remplacé par l'article 6, n° 3 de la loi du 12 juillet et du 13 juillet 1905 sur les justices de paix : « Les juges de paix connaissent encore..... 3° Des actions civiles pour diffamations ou pour injures publiques ou non publiques qu'elles soient verbales ou par écrit, autrement que par la voie de la presse; des mêmes actions pour rixes ou voies de fait, *le tout lorsque les parties ne se sont pas pourvues par la voie criminelle* ».

Digitized by Google

le tribunal de police : il règle simplement une question de compétence civile.

Le cumul des actions, c'est-à-dire l'exercice simultané ou successif de plusieurs actions intentées en vertu d'un même droit et dans un même but, n'est, en effet, nullement interdit[29]. Dira-t-on que l'exercice d'une action devant un tribunal entraîne renonciation virtuelle au droit de l'exercer devant un autre tribunal, lorsque la loi donne une option entre ces deux manières de procéder ? Mais cette théorie, qu'aucun texte général ne vient appuyer, est certainement erronée. Et la maxime: « *electa una via non datur recursus ad alteram* », qui en serait une application, ne doit être acceptée que « dans les limites où les motifs d'utilité et d'équité qui l'ont fait admettre commandent impérieusement son observation »[30], c'est-à-dire lorsqu'il s'agit, pour la partie lésée, de passer de la voie civile à la voie criminelle.

II. En effet, si la partie lésée, après avoir saisi le tribunal civil de son action, se désiste pour saisir le tribunal de répression, elle ne saurait y être recevable, car elle rendrait, au mépris de toute équité, la situation du prévenu moins favorable qu'auparavant. Il vaut mieux, pour celui-ci, avoir à se défendre devant le tribunal civil que d'avoir à se défendre devant le tribunal de répression. C'est dans cette mesure que subsiste la règle : « *una electa via non datur recursus ad alteram* ». Mais, dans cette mesure, son application est indépendante, soit de la *qualité* des personnes que la partie lésée aurait la prétention de mettre en cause, soit de la *forme* même dans laquelle elle prétendrait procéder. Peu importe qu'après avoir assigné l'inculpé *seul* devant le tribunal civil, elle se désiste pour le citer devant le tribunal de répression en compagnie de *personnes civilement responsables*. Peu importe qu'elle saisisse le tribunal de répression par voie d'*intervention* ou par voie d'*action* : l'équité ne permet pas que la partie civile

[29] Comp. Garsonnet, *Traité théor. et prat. de proc.* (2e éd.), t. 1, § 375, p. 645 et 646.

[30] Rapport de M. Tanon précédant l'arrêt de rejet de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 17 janv. 1885 (D. 90. 3. 8, col. 2).

Digitized by Google

décline, au préjudice de l'inculpé ou des personnes civilement responsables, la juridiction qu'elle a volontairement saisie, parce qu'elle ne la croit peut-être plus favorable à sa demande; et les principes du droit impliquent que l'instance, liée devant la juridiction civile, forme, en quelque sorte, un *contrat judiciaire*, qui ne peut plus être rompu par la volonté unilatérale de l'une des parties[21].

184. L'application de la règle : « *una via electa* », quelque restreinte ou quelque étendue qu'elle soit, exige, dans l'opinion unanime, doctrinale et jurisprudentielle, le concours de trois conditions.

I. Il faut, en premier lieu, que la demande, successivement portée devant les deux ordres de tribunaux, soit identiquement la même, c'est-à-dire qu'elle ait le même *objet*, la même *cause*, et qu'elle soit formée entre les *mêmes parties*. A défaut de l'une de ces conditions, il y a deux actions distinctes, et le demandeur est libre, après avoir soumis l'une d'elles à la juridiction civile, de s'en désister, pour porter l'autre à la juridiction répressive[22]. Il n'y a même pas, à ce point de vue,

[21] Sans doute, la partie civile se désistera de sa première demande en formant la seconde, et, le désistement, en matière civile, doit être accepté (C. pr. civ., art. 404). Mais, il sera précisément accepté, parce qu'il ne viendra jamais à l'idée du défendeur que le demandeur puisse recommencer le procès devant la juridiction pénale. Voy. les observations faites à ce sujet par Laborde, *Cours de droit criminel* (2e éd.), n° 742, p. 572.

[22] Voici quelques exemples, puisés dans la jurisprudence : *a*) Celui qui détermine une femme mariée à quitter, avec lui, le domicile conjugal peut être actionné en dommages-intérêts devant le tribunal civil, alors même qu'il est déjà l'objet de poursuites correctionnelles pour adultère; car l'action en dommages-intérêts est fondée sur le détournement et non sur l'adultère : Aix, 7 juin 1882 (S. 83. 2. 218); *b*) La maxime « *electa una via* » est également inapplicable au cas où, après avoir formé devant le tribunal de commerce une demande tendant à la nullité d'une liquidation sociale, à la nomination d'un nouveau liquidateur, et, subsidiairement, au paiement d'une somme représentant la part qui lui aurait été promise dans la réalisation de l'actif, un associé actionne ses coassociés, devant le tribunal correctionnel, en réparation de certains agissements qualifiés abus de confiance : Paris, 4 déc. 1874 (S. 75. 2. 169), et la note de M. Villey; *c*) Celui qui a intenté,

Digitized by Google

un parallélisme complet entre les cas où le passage de la juridiction civile à la juridiction répressive est interdit et les cas où la juridiction civile restant saisie, il y a lieu, pour cette juridiction, de surseoir à statuer, parce que l'action publique est intentée (C. instr. cr., art. 3).

Nous pensons, en effet, que les motifs de la règle : *le criminel tient le civil en état,* commandent, aux tribunaux d'ordre civil, de surseoir à statuer, en cas de poursuite d'un fait délictueux, sur toutes les actions privées, qui naissent de ce fait, car la solution qui sera donnée au procès pénal, devant avoir une influence nécessaire sur la solution à donner au procès civil, la réaction qui résultera du jugement de répression doit imposer, dans tous les cas, une attitude passive au tribunal civil. Au contraire, l'interdiction qui est faite à une partie lésée de cumuler les deux instances ne s'applique et ne peut s'appliquer qu'à l'action civile proprement dite, l'action en dommages-intérêts, la seule qui puisse isolément être portée, au choix du demandeur, devant les deux ordres de juridiction. Deux exemples éclairciront cette distinction. Ainsi, il n'est pas douteux que le mari, après avoir formé devant le tribunal civil, une demande en séparation de corps ou en divorce, exclusivement fondée sur un fait d'adultère de sa femme, ait le droit de se désister et de citer celle-ci devant le tribunal correctionnel pour la faire condamner à des dommages-intérêts et aux peines qui seront requises par le ministère public [32]. A l'inverse, une demande en séparation de corps ou en divorce, exclusivement fondée sur ce motif, serait suspendue par une poursuite correctionnelle pour adultère (C. civ., ancien art. 235). Les deux actions n'ont certainement pas le même objet, mais elles sont fondées sur le même

au civil, une action en compte, liquidation et partage d'une succession, n'est pas irrecevable, en vertu de la règle : « *electa una via* », à se porter partie civile au cours d'une poursuite devant le tribunal correctionnel sous la prévention de vol de valeurs héréditaires : Cass., 19 mai 1893 (S. 94. 1. 425) et note de M. Villey. On trouvera, dans cette dernière note, une série de références à la jurisprudence antérieure.

[32] *Sic,* Cass., 22 juin 1850 (S. 50. 1. 629; D. 50. 1. 208).

Digitized by Google

fait et la solution de l'une implique nécessairement la solution de l'autre. C'est par la même raison que l'article 250 du Code de procédure civile permet à la partie lésée par un faux d'abandonner la voie civile du faux incident, quoique prise en connaissance de cause, et d'intervenir, comme partie civile, dans la poursuite en faux principal. Cette disposition ne constitue pas, comme quelques-uns l'ont pensé, une exception à la règle : « *una via electa* »; car les deux actions, successivement intentées par le demandeur, quoique nées du même fait, le faux, n'ont pas le même *objet :* l'une tend à la suppression, la lacération, la radiation, la réformation, ou le rétablissement des actes déclarés faux, et l'autre, à la réparation du préjudice que le faux a causé. Mais la poursuite criminelle pour faux aurait pour effet d'obliger le tribunal civil à surseoir au jugement d'une instance civile dont le but serait de faire déclarer falsifié, tel titre, telle pièce, un testament, par exemple. Ici, en effet, il s'agit de l'un des chefs de l'action civile, soumis à la juridiction civile, celui qui concerne les restitutions, et il nous paraît certain que la règle du sursis obligatoire s'applique à l'action civile tout entière, à ses deux chefs, les restitutions et les dommages-intérêts.

II. L'option, qui règle définitivement la situation du demandeur, doit avoir été faite en connaissance de cause. La règle : « *electa una via...* » est, en effet, fondée sur l'acceptation, par les deux parties, du tribunal le premier saisi. Tout contrat suppose un concours de volonté. D'où il suit que dans le cas où les tribunaux ordinaires ont été saisis d'une demande, dont tous les éléments paraissaient purement civils, si, depuis l'introduction de cette demande, des faits sont révélés, ignorés jusque-là, et donnant à cette demande un caractère délictueux, on doit être recevable à agir devant la juridiction répressive, car l'action, quoique formée pour le même objet et engagée entre les mêmes parties, est, en réalité, fondée sur une *autre cause.* Ainsi, le déposant qui, après avoir demandé la restitution des objets déposés devant le tribunal civil, découvre que le dépositaire les a détournés, peut agir, en abus de

Digitized by Google

confiance, par violation de dépôt, devant le tribunal correctionnel. L'acceptation de ce point de vue conduit à une solution, du reste contestable, qui vient encore restreindre la portée d'application de la règle : « *electa una via...* ». Toutes les fois que le ministère public engage l'action publique, au cours d'un procès civil intenté par la partie lésée, celle-ci doit pouvoir se désister d'une instance civile, paralysée par l'instance pénale, pour se porter partie civile devant la juridiction répressive. En effet, l'attitude du ministère public est un *fait nouveau*, que le demandeur au civil n'avait pu prévoir, qui change sa situation et ne permet pas de le considérer comme ayant exercé, *ne varietur* et en connaissance de cause, l'option que lui laisse la loi.

III. Il faut, en troisième lieu, pour que la règle « *una electa via...* » soit applicable, que la juridiction, saisie la première, ait eu le droit de statuer sur l'action civile. Si, pour un motif quelconque, elle n'a pas eu ce droit, ou si elle l'a perdu, la partie lésée se trouve dans la même situation qu'avant d'avoir intenté son action. Elle s'est trompée de porte, voilà tout; et cette erreur ne peut avoir pour résultat de la priver de son droit d'agir. C'est à cette conséquence cependant qu'il faudrait en arriver si la juridiction, saisie la dernière, devait déclarer l'action civile irrecevable par ce motif que cette action aurait été engagée déjà devant une autre juridiction. Cette condition ne se rencontrerait pas dans les trois cas suivants :

a) D'abord, lorsque la juridiction saisie la première se sera déclarée incompétente[34]. On a, il est vrai, voulu distinguer,

[34] Il est évident que cette troisième condition s'appliquera surtout en cas de passage de la voie criminelle à la voie civile. Nous l'examinons néanmoins : 1° parce qu'elle vient limiter les conséquences d'une opinion que nous ne partageons plus ; 2° parce que la jurisprudence a rendu de nombreuses décisions dans lesquelles, sans examiner la question d'étendue de la règle : « *electa una via...* », elle a décidé que l'incompétence du tribunal de répression saisi ne pouvait enlever, à la partie civile, le droit de faire le procès devant les tribunaux ordinaires ; 3° parce qu'enfin, elle est de nature, dans des cas rares, à limiter la prohibition du passage de la voie civile à la voie répressive, par exemple en cas de diffamation envers des personnes publiques.

Digitized by Google

suivant que la cause d'incompétence est particulière au juge saisi (incompétence *ratione personæ* ou *loci*, par exemple) ou suivant qu'elle s'étend à la juridiction tout entière (incompétence *ratione materiæ*). Il importe peu, en effet, a-t-on dit[35], que le juge, premier saisi, se soit déclaré incompétent, si, d'ailleurs, la juridiction en général demeure compétente; dans ce cas, le demandeur qui a, une première fois, mal dirigé son action, demeure libre de la porter encore devant le juge compétent : ainsi la voie civile qu'il avait d'abord choisie lui demeurant ouverte, il ne serait pas libre de l'abandonner pour recourir à une autre voie. Si la maxime : « *una electa via* » était une prescription positive de notre droit, cette distinction pourrait être accueillie. Mais elle ne doit être appliquée que dans les limites où l'imposent les motifs d'équité qui l'ont fait admettre par la jurisprudence. Comme l'exposait à la Cour de cassation M. le président Barris, sur les conclusions duquel a été rendu l'arrêt du 9 mai 1828[36], un des premiers qui l'aient consacrée : « Cette règle est fondée sur l'humanité et la rai-« son qui ne permettent pas que l'on traîne un accusé d'une « juridiction devant une autre, et qu'on décline à son pré-« judice celle qu'on a volontairement saisie, parce qu'on ne « la croira peut-être pas favorable à la demande qu'on a « formulée devant elle ». Ce motif ne subsiste plus lorsque la juridiction civile, d'abord saisie, s'est déclarée incompétente, pour quelque motif que ce soit. Ce n'est pas volontairement et arbitrairement, dans ce cas, que le demandeur abandonne la voie qu'il avait d'abord choisie. La juridiction se ferme devant lui; l'instance qu'il a d'abord suivie est comme non avenue. Il reprend donc la liberté de son choix, et, en la lui laissant, on ne favorise ni un caprice ni un calcul, mais on lui laisse le droit même d'option que la loi lui reconnaît[37].

[35] Amiens, 22 août 1863 (*Journ. du minist. pub.*, t. 7, p. 180). V. Dutruc, *Mémorial du min. pub.*, v° *Action civile*, n° 12.

[36] Cass., 9 mai 1828. Voy. Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 35.

[37] *Sic*, Cass., 17 janv. 1885 (S. 85. 1. 283). L'espèce était intéressante. Le propriétaire d'un établissement thermal avait intenté une action en

Digitized by Google

b) Dans le cas où le tribunal de répression, saisi de l'action civile, a renvoyé le prévenu ou l'accusé de la poursuite, et perdu, par cela même, le droit de statuer sur les dommages-intérêts réclamés par la partie civile, celle-ci peut certainement reprendre le procès devant la juridiction civile, sans que le défendeur soit recevable à lui opposer la maxime : « *una via electa...* ». Ce n'est là qu'une application, sous une autre forme, des principes que nous venons d'exposer. Par conséquent, la partie civile, qui succombe devant le tribunal correctionnel ou de police, parce que le prévenu bénéficie d'un renvoi d'instance sur l'action publique, peut agir devant le tribunal civil. Mais la cour d'assises, ayant le droit et le devoir de se prononcer sur la demande en dommages-intérêts formée par la partie civile, même en cas d'acquittement de l'accusé, il est certain, qu'ensuite du désistement de la victime, un procès en dommages-intérêts devant la juridiction civile deviendrait irrecevable, au moins dans l'opinion qui prohibe le passage de la voie criminelle à la voie civile. Il en serait autrement en matière de délit de presse, puisque la cour d'assises perd, en cas d'acquittement, et par exception, le droit de statuer sur les dommages-intérêts réclamés contre l'accusé (L. 29 juill. 1881, art. 58). Nous examinons plus loin la portée de cette disposition, tant au point de vue de la compétence de la cour d'assises, qu'en ce qui concerne le droit de la victime d'agir, après acquittement, devant le tribunal civil. Mais, quelque solution que l'on adopte sur ces problèmes, le droit de la victime d'un délit de presse de

dommages-intérêts contre un individu devant le juge de paix pour avoir fait trotter le cheval qu'il conduisait dans les allées du parc et avoir ainsi contrevenu aux dispositions de l'art. 475, § 4 du Code pénal. Le juge de paix s'était déclaré incompétent parce que, s'agissant d'une action personnelle civile, il n'était pas le juge du défendeur. Le propriétaire de l'établissement thermal porta alors son action devant le même magistrat, siégeant comme juge de police. Le juge devenait ainsi compétent, la contravention ayant été commise dans le ressort de son tribunal. Mais le prévenu opposa la maxime : « *electa una via* ». Jugement qui rejette l'exception et condamne le prévenu à une amende de 6 francs. Appel devant le tribunal correctionnel qui confirme. Pourvoi rejeté par l'arrêt.

Digitized by Google

saisir les tribunaux civils ne reçoit aucune atteinte par application de la règle : « *una via electa...* », quelque portée qu'on soit tenté de donner à cette maxime.

c) Lorsque la juridiction répressive est dessaisie de l'action publique par le décès du prévenu ou par l'amnistie, la partie civile reste libre de porter son action devant la juridiction répressive. Nous nous demandons plus loin si la survenance, en cours d'instance, d'une cause d'extinction de l'action publique a pour effet de dessaisir nécessairement de l'action civile le tribunal de répression. Mais l'incompétence de ce tribunal étant admise, la maxime : « *electa una via...* », ne s'applique pas.

185. La fin de non recevoir, qui résulte de l'exercice de l'option, en cas de passage de la voie civile à la voie criminelle, n'est certainement pas d'ordre public : elle a été maintenue, par la jurisprudence, comme une conséquence de l'acceptation, par le défendeur, de la juridiction saisie la première. Nous en concluons : 1° qu'elle ne peut être soulevée d'office; 2° qu'elle doit l'être, par le défendeur, avant tout débat sur le fond.

Il ne faut pas confondre, à ce point de vue, la fin de non recevoir tirée de ce que l'option a été exercée, avec l'exception tirée du principe de la chose jugée. Ces deux moyens d'arrêter le procès s'exercent, en effet, dans des conditions différentes. La règle « *electa una via...* », suppose que l'action a déjà été intentée, mais non jugée, devant l'une des juridictions compétentes; l'exception de chose jugée, qu'il est intervenu un jugement définitif prononcé par la juridiction saisie[38]. La première exception ne peut être soulevée d'office et doit l'être avant tout débat sur le fond. La seconde, étant fondée sur l'épuisement de l'action, est d'ordre public, comme tout les modes d'extinction des actions pénales.

[38] V. sur la distinction : Cass., 20 déc. 1884 (S. 86. 1. 444); 27 août 1863 (*B. cr.*, n° 232).

Digitized by Google

§ XXXI. — DE L'EXERCICE DE L'ACTION CIVILE DEVANT LA JURIDICTION RÉPRESSIVE.

186. Condition préalable d'une constitution de partie civile pour que les tribunaux de répression puissent statuer sur les dommages-intérêts prétendus par la victime. Division. — **187.** L'action civile peut être portée devant les tribunaux de répression en même temps que l'action publique. Article 3 du Code d'instruction criminelle. Groupement des conséquences qui résultent de cette dépendance des deux actions. — **188.** Quand le fait qui a produit le dommage ne constitue pas une infraction, la juridiction répressive est incompétente pour statuer sur l'action en dommages-intérêts. Application faite pour les prêts usuraires, la tenue d'une maison de prêts sur gage, etc. — **189.** La juridiction répressive est incompétente pour statuer sur l'action civile quand l'action publique est irrecevable. — **190.** L'incompétence existe également si l'inculpé est renvoyé d'instance. — **191.** Mais réserve et distinction entre les tribunaux de police simple ou correctionnelle et les cours d'assises. La règle de l'incompétence des tribunaux de répression pour connaître de l'action civile en cas d'acquittement ne s'applique pas à la cour d'assises. — **192.** L'irrecevabilité devant les tribunaux de répression de l'action civile, isolée de l'action publique, est d'ordre public. — **193.** De l'effet, au cas où l'action publique et l'action civile ont été portées ensemble devant un tribunal de répression, d'une cause d'extinction de l'action publique. Décès. Amnistie. — **194.** Du moment et du mode d'une constitution de partie civile. Voie d'action. Voie d'intervention. — **195.** Forme de la constitution de partie civile. — **196.** Effets d'une constitution de partie civile. — **197.** Du désistement de la partie lésée devant la juridiction répressive. — **198.** Effets du désistement. Double hypothèse. Désistement régulier. Désistement irrégulier.

186. Les tribunaux de répression, bien que saisis de l'action publique, ne peuvent statuer sur la réparation civile du dommage causé par l'infraction, que si l'action en réparation de ce dommage leur est soumise par la personne lésée qui doit se *constituer,* dans ce but, *partie civile* dans l'instance. Toutefois, la *restitution* des objets mobiliers, enlevés, détournés ou obtenus à l'aide d'un crime ou d'un délit et retrouvés en nature, doit être ordonnée *d'office,* par la juridiction répressive, au moins quand la propriété n'en est pas contestée, lors même que le propriétaire ne s'est pas constitué partie civile.

Ayant ainsi indiqué le but de la constitution de partie civile, nous examinerons : 1° à quelles conditions elle est admissible; 2° comment et quand elle peut être formée; 3° quels en sont les effets.

Digitized by Google

187. L'action, qui a pour objet la réparation du dommage causé par l'infraction, ne peut être portée devant la juridiction répressive qu'*accessoirement* à l'action qui a pour objet l'application de la peine (C. instr. cr., art. 3). Les tribunaux de répression n'ont donc le droit de statuer sur l'action civile que lorsqu'ils sont, en même temps, régulièrement saisis de l'action publique, car leur compétence est exceptionnelle en ce qui concerne les intérêts civils. *La constitution de partie civile*, régulière et recevable, sous quelque forme qu'elle se présente, saisit de l'action civile la juridiction pénale et porte, en même temps, devant elle, l'action publique, si cette action n'est pas déjà intentée, car les tribunaux répressifs *doivent* être saisis de l'action publique pour *pouvoir* statuer sur l'action civile. Le droit de juger le procès civil constitue, pour ces tribunaux, la conséquence même du droit de juger le procès pénal. En un mot, l'action civile, isolée de l'action publique, ne saurait rentrer dans leur compétence. En suivant les nombreuses applications de cette règle fondamentale, on peut les classer toutes sous trois ordres d'idées corrélatives. La juridiction répressive est incompétente pour accorder des dommages-intérêts : 1° si le fait qui est la cause juridique de la demande ne constitue pas une infraction; 2° si le fait, bien que constituant une infraction, l'action publique est irrecevable ; 3° si l'inculpé est renvoyé d'instance sur l'action publique. Dans ces trois cas, en effet, la situation est la même : le procès pénal ne peut être intenté ou n'aurait pas dû être intenté. Le tribunal de répression se trouve, par suite, en présence d'un procès civil, isolé de tout procès pénal, qu'il est sans droit et sans qualité pour juger.

188. Quand le fait qui a produit le dommage ne constitue pas une *infraction*, la juridiction répressive est incompétente pour statuer sur l'action en dommages-intérêts[1].

§ XXXI. [1] Sur cette règle incontestable : Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 34; Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 1, n° 55 et t. 2, n° 614; Haus, *op. cit.*, t. 2, n°s 1367 et 1392. Conf. D. A. *Supplément*, v° *Procédure criminelle*, n°s 44, 45 et 46.

Digitized by Google

Ainsi, dans le délit d'*usure*, qui est un délit *collectif* ou d'*habitude*, la personne, lésée par un prêt particulier, ne peut certainement saisir de son action, par voie de citation directe, le tribunal correctionnel, car le fait qui lui cause un préjudice n'est pas tout le délit, mais seulement un des éléments du délit d'usure[2]. Il ne faudrait pas, du reste, exagérer cette doctrine et affirmer, comme semble le faire la jurisprudence[3], que c'est à la juridiction civile qu'appartient *exclusivement* la connaissance des actions d'intérêt privé en réparation du dommage causé par des contrats usuraires. En supposant, en effet, qu'un certain nombre de faits, suffisants pour constituer le délit d'habitude, aient été commis, par le *même agent*, au préjudice de la *même personne*, celle-ci peut certainement saisir de son action le tribunal correctionnel[4]. D'autre part, les personnes lésées par des prêts usuraires, imputés au même prévenu, ont indistinctement le droit d'*intervenir*, comme parties civiles, dans la poursuite intentée par le ministère public; car tous les faits d'usure, constituant, par leur réunion, le délit, tous ceux à qui le délit cause un dommage, doivent pouvoir en poursuivre la réparation devant la justice répressive[5].

[2] V. L. 3 sept. 1807, art. 4. La jurisprudence n'a jamais varié : Cass. (ch. réunies), 4 nov. 1839 (S. 39. 1. 929); Cass., 23 mai 1868 (S. 69. 1. 144); 8 juill. 1881 (D. 82. 1. 41); 20 janv. 1888 (S. 89. 1. 281); Paris, 10 févr. 1890 (S. 91. 2. 137) et les notes de M. Villey.

[3] La Cour de cassation affirme, en effet, que les actions en réparation du tort causé par la perception d'intérêts usuraires sont exclusivement attribuées aux tribunaux civils en vertu de l'article 3 de la loi 3 sept. 1807, à la différence du délit d'habitude d'usure et de l'application de la peine qui sont réservés aux tribunaux correctionnels : Cass., 21 juill. 1841 (ch. réunies) (S. 41. 1. 842). V. les arrêts cités à la note précédente.

[4] Il n'est pas nécessaire, en effet, pour constituer le délit, qu'il y ait pluralité de prêts à diverses personnes : Cass., 4 mars 1826 (S. et P. chr.); Paris, 21 juill. 1826 (S. 39. 1. 929).

[5] Comp. en ce sens : Haus, *op. cit.*, t. 2, n° 1392; Villey, *Précis de droit criminel* (6e éd.), p. 287; Hoffman, *op. cit.*, t. 1, p. 88. La jurisprudence citée est en sens contraire. Elle est approuvée par plusieurs auteurs : Rauter, *op. cit.*, t. 1, p. 588; Mangin, *Act. pub.*, t. 3, nos 368 et s. C'est par une interprétation erronée des articles 3 et 4 de la loi du 3 sept. 1807 et de

Digitized by Google

Les mêmes décisions seraient applicables, et par les mêmes motifs, au délit de tenue d'une maison de prêts sur gage sans autorisation (C. pén., art. 418). Le fait punissable ne consiste pas, en effet, à prêter sur gage, mais à créer un établissement de prêts sur gage. De sorte qu'un fait isolé est licite, mais un ensemble de faits, une habitude de prêter dans ces conditions ne l'est pas [6]. On a pu conclure légalement de ce caractère du délit qu'un emprunteur ne pourrait citer le prêteur, à sa requête, devant le tribunal correctionnel, le fait dont il se plaint ne constituant pas tout le délit ; mais il serait excessif de déclarer son action irrecevable, lorsque l'emprunteur intervient dans la poursuite dirigée par le ministère public [7].

Une autre application de la même idée a été faite en matière d'injure. On sait que ce délit est, non seulement excusé mais justifié, s'il a été provoqué [8]. Le tribunal qui admet, en pareil cas, l'excuse de provocation, prévue par l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881, ne peut plus statuer sur l'action civile basée sur cette injure [9].

189. La juridiction répressive est incompétente pour statuer sur l'action civile, quand l'action publique est *irrecevable*, parce que le fait dommageable, bien que constituant une

celle du 19 déc. 1850 qu'on arrive à créer une impossibilité légale à la constitution de partie civile dans la poursuite correctionnelle pour usure. Voy. sur la question : Cuche, *Rev. pénit.*, 1904, p. 707.

[6] V. mon *Traité théor. et prat.* (2e édit.), t. 5, n° 405.

[7] V. cependant : Cass., 17 mars 1855 (S. 55. 1. 554). Comp. Chauveau et Hélie, *Théor. du Code pénal*, t. 5, n° 2346 ; Blanche, *Études sur le Code pénal*, t. 6, n° 309. La jurisprudence semble admettre que dans les délits d'habitude, ce que la loi punit, c'est une manière d'être, une habitude. Mais, en réalité, ce qu'elle punit, ce sont des faits qui manifestent, par leur réunion, une manière d'être et d'agir. Donc quand la cour de cassation dit « le délit consiste dans l'habitude, fait complexe et moral, et non dans les faits particuliers », elle se place à un point de vue inexact. C'est ce point de vue cependant qui domine la solution par laquelle elle écarte, en ce qui concerne les délits d'habitude, les articles 1 et 3 du Code d'instruction criminelle.

[8] Voy. mon *Traité théor. et prat.* (2e éd.), t. 2, nos 612 et 613.

[9] *Sic*, Cass., 19 juin 1891 (*B. cr.*, n° 140).

Digitized by Google

infraction, ne donne *pas* ou ne donne *plus* ouverture à une poursuite pénale. Par l'énoncé même de cette proposition, on voit ses deux applications possibles.

I. Dans certaines circonstances, en effet, des délits ne sont pas punissables. Il en est ainsi, par exemple, des vols entre certains parents ou alliés (C. pén., art. 380), des crimes commis par un étranger en pays étranger, même vis-à-vis d'un Français (C. instr. cr., art. 5). L'action civile qui résulte de ces faits ne peut être portée que devant les tribunaux civils, puisque les tribunaux de répression ne sont compétents pour connaître de l'action civile que parce qu'ils le sont pour connaître de l'action publique.

II. Dans d'autres circonstances, l'action publique est éteinte par le *décès* du prévenu, la *chose jugée*, l'*abrogation de l'incrimination par une loi nouvelle*, l'*amnistie*. Ces événements, qui n'enlèvent pas, à la victime, le droit d'obtenir une réparation, lui enlèvent, tout au moins, le droit de la demander devant les juridictions répressives[10]. Nous aurons, plus loin, à déterminer quels sont les effets, sur l'action publique, d'une *ordonnance de non-lieu* passée en force de chose jugée : nous déciderons qu'elle fait obstacle à la reprise du procès pénal tant qu'il ne survient pas de charges nouvelles, qu'ainsi l'action publique est provisoirement suspendue par une décision de cette nature. Nous en concluons qu'il ne saurait être au pouvoir d'une partie civile de la faire revivre à l'aide d'une citation directe et que, après une ordonnance de non-lieu et tant qu'elle subsiste, la seule juridiction compétente pour connaître de l'action en réparation est la juridiction civile[11].

[10] Une application intéressante de cette règle a été faite, par la Cour de Bourges, dans un arrêt du 3 avril 1890 (D. 91. 2. 78). Cette cour a décidé qu'en cas d'appel, par la partie civile seule, d'un jugement correctionnel rendu sur la poursuite du ministère public, et prononçant le relaxe du prévenu, si cette partie civile vient à être déclarée par la cour non recevable pour défaut de qualité, l'extinction de l'action publique, résultant du défaut d'appel du ministère public, rend irrecevable l'action de la partie civile qui a qualité devant le tribunal correctionnel.

[11] *Sic*, Douai, 10 mars 1880 (S. 82. 2. 79).

Digitized by Google

190. Du principe de l'article 3, § 2, il faut enfin conclure : 1° que les tribunaux de répression sont sans qualité pour statuer sur l'action civile, s'ils reconnaissent que le fait n'est prévu par aucune loi pénale ou que le prévenu n'en est pas coupable ; 2° que ces tribunaux, ne pouvant statuer sur les intérêts civils qu'accessoirement à l'action publique, épuisent leur juridiction en statuant sur celle-ci et n'ont plus le droit de se prononcer, par jugement séparé, sur l'action civile.

191. Ces deux corollaires d'un seul et même principe règlent strictement la compétence des tribunaux correctionnels ou de police, mais sont étrangers à celle de la cour d'assises. Cette distinction résulte de la combinaison des articles 159, 191, 212 et 366 du Code d'instruction criminelle.

I. Malgré le renvoi d'instance d'un prévenu de *délit* ou de *contravention*, il peut rester, à sa charge, un fait dommageable et illicite (*délit* ou *quasi-délit civil*), dont la personne lésée a certainement le droit de poursuivre en justice la réparation, mais par une action en dommages-intérêts ordinaire, de la compétence exclusive des tribunaux civils (C. civ., art. 1382 et suiv.). La juridiction correctionnelle et la juridiction de police sont donc sans qualité pour accorder des dommages-intérêts à la partie civile, toutes les fois qu'elles renvoient le prévenu de la poursuite[12]. Si l'article 191 du Code d'instruc-

[12] Jurisprudence constante. Cass., 12 juill. 1810 (*B. cr.*, n° 91); 22 oct. 1818 (*B. cr.*, n° 131); 27 mai 1840 (*B. cr.*, n° 151); 2 mai 1857 (S. 51. 1. 367); 10 août 1860 (D. 60. 1. 513); 12 juin 1886 (D. 87. 1. 45); 5 juill. 1890 (D. 91. 1. 143); mais il n'est pas nécessaire que le juge prononce une peine pour avoir compétence sur les intérêts civils; il suffit qu'il reconnaisse la culpabilité pénale du prévenu : Cass., 15 avr. 1865 (S. 65. 1. 426); Cass., 9 juin 1905 (Rativeau c. Loup) : « Attendu que les réparations civiles auxquelles il est conclu devant les tribunaux correctionnels ou de police demeurent légalement subordonnées, même après l'extinction de l'action publique en cours d'instance, à la constatation des éléments essentiels dont la réunion eût autorisé l'application d'une peine; qu'ainsi, dans le cas où l'intention coupable est exigée par la loi pour constituer l'infraction qui a donné lieu à la poursuite, la juridiction répressive, dont la compétence n'est que prorogée, doit nécessairement fonder sa décision, quant aux réparations civiles, sur une déclara-

Digitized by Google

tion criminelle est obscur, puisqu'il donne au tribunal de police le droit de statuer, dans ce cas, « sur les demandes en dommages-intérêts », sans indiquer qu'il ne s'agit que des dommages-intérêts réclamés par le prévenu contre la partie civile, l'article 211 est suffisamment clair : « Si le jugement est réformé (par la cour d'appel) parce que le fait n'est réputé ni délit ni contravention de police par aucune loi, la cour renverra le prévenu et statuera sur *ses* dommages-intérêts ». C'est, du reste, une simple conséquence du principe posé par l'article 3, § 2 du Code d'instruction criminelle, et les textes seraient muets, que cette application des règles de la compétence exceptionnelle des tribunaux de répression en matière de procès civils ne saurait être discutée. Trois choses sont donc certaines : 1° Il n'y a pas à distinguer le motif pour lequel les tribunaux correctionnels ou de police rejettent l'action publique : ces motifs sont indifférents, car il faut considérer seulement le résultat; 2° L'incompétence des tribunaux de répression pour statuer sur l'action civile est telle qu'ils ne pourraient rejeter cette action comme mal fondée. Ainsi il a été décidé que les tribunaux correctionnels n'étant compétents pour statuer sur l'action civile qu'accessoirement à l'action publique, il y a lieu de casser la disposition d'un arrêt qui, en prononçant le relaxe du prévenu, ne s'est pas borné à rejeter les conclusions de la partie

tion de culpabilité qui, sous quelque forme qu'elle soit présentée, en est la condition absolue; qu'il ne saurait donc suffire au juge correctionnel ou de police de constater l'existence d'une faute dans les termes de l'article 1382 du Code civil; — Attendu que l'infraction, réprimée par l'article 475, n° 13 du Code pénal, doit, pour être constituée, réunir les éléments du vol ordinaire, à savoir le fait et l'intention de s'approprier frauduleusement une chose appartenant à autrui; que, cependant, loin d'affirmer l'existence d'une telle intention, le juge de police énonce que Rativeau « a commis un préjudice à Loup »; que la bonne foi prétendue par lui ne pourrait l'en disculper et que, d'ailleurs, aux termes de l'article 1382 du Code civil, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer; qu'en s'abstenant ainsi de faire porter son examen, considéré par lui comme sans objet, sur un des éléments de l'infraction visée, et en faisant reposer sa décision sur la seule constatation d'un quasi-délit, le juge de police a violé les textes invoqués au moyen... ».

Digitized by Google

civile, mais les a déclarées mal fondées après avoir indiqué, dans un de ces motifs, que la partie civile n'avait, en réalité, éprouvé aucun préjudice [13]; 3° Le renvoi d'instance du prévenu rend impossible la condamnation d'un tiers comme civilement responsable du délit ou de la contravention [14].

Les tribunaux correctionnels ou de police sont tenus de se prononcer sur l'action civile et l'action publique par un seul et même jugement. C'est une conséquence de procédure qui résulte de ce que leur compétence n'est qu'accessoire en ce qui concerne les intérêts civils. Par suite : 1° les juges ne pourraient, en statuant sur l'action publique, continuer la cause à une autre audience pour statuer sur l'action civile (C. instr. cr., art. 3, 161, 189) [15]; 2° Ils ne pourraient pas non plus, statuer sur les dommages-intérêts, prétendus par une partie lésée à l'occasion d'un délit, avant d'avoir préalablement reconnu l'existence de ce délit (C. instr. cr., art. 3) [16].

II. Les cours d'assises ont la plénitude de la juridiction pénale et civile en ce sens que, dès qu'elles sont régulièrement saisies, elles doivent se prononcer. L'article 366 du Code d'instruction criminelle, appliquant cette règle à l'action civile, portée devant ces juridictions, décide expressément que les cours d'assises peuvent et doivent statuer sur les dommages-intérêts prétendus par la partie civile, dans tous les cas, même dans celui d'absolution ou d'acquittement. La loi, pour faire ainsi exception au principe général qui ne donne aux juridictions répressives, en ce qui concerne les intérêts civils, qu'une compétence accessoire et dépendante du procès pénal, paraît s'être fondée sur une considération pratique : elle a

[13] Cass., 12 juin 1886 (S. 86. 1. 470, D. 87. 1. 45).

[14] *Sic*, Cass., 11 mars 1893 (D. 95. 1. 326); 6 avr. 1894 (D. 96. 1. 50). Comp. Cass., 10 août 1860 (D. 60. 1. 513).

[15] Cass., 28 mars 1807 (*B. cr.*, n° 67); 5 déc. 1835 (S. 36. 1. 924). *Sic*, Le Sellyer, *Compét.*, t. 2, n° 1157).

[16] Ainsi, un tribunal correctionnel ne peut, sans préjuger le fond et sous réserve de statuer ultérieurement sur le fond, commettre, avant faire droit, trois médecins à l'effet de rechercher, non si le prévenu a commis une imprudence, mais de déterminer les conséquences dommageables du délit imputé : Paris, 18 déc. 1889 (*Journ. de droit crim.*, 1889, p. 287).

Digitized by Google

voulu épargner, à la partie civile, qui a déjà engagé dans l'instance criminelle des frais considérables, la nécessité de recourir à d'autres juges pour obtenir le dédommagement auquel elle prétend avoir droit. Elle le pouvait, du reste, sans craindre qu'on abusât de l'exception pour porter, devant la cour d'assises, des affaires purement civiles, puisqu'une accusation ne peut être intentée devant cette juridiction qu'en vertu d'un arrêt de la chambre des mises en accusation. L'instruction préparatoire et les débats auront fourni à la cour d'assises des éléments nombreux et précis, soit pour lui permettre de fixer le principe d'une indemnité, s'il en est du à la victime, soit pour lui permettre d'en déterminer le chiffre. Néanmoins, les avantages de cette disposition sont contestables : d'un côté, en effet, elle prive l'accusé de la garantie générale des deux degrés de juridiction; de l'autre, elle fait décider, en premier et dernier ressort, par deux conseillers de cour d'appel et un juge, ou un conseiller et deux juges de tribunal, une question qui, en suivant la voie régulière, ne pourrait être jugée, et en dernier ressort seulement, que par cinq conseillers. Bien entendu, la cour d'assises, en se prononçant sur l'action civile, ne doit pas se mettre en contradiction avec le verdict du jury, qui s'imposerait, en vertu des principes de la chose jugée au criminel, même aux tribunaux civils jugeant le procès en dommages-intérêts dans une instance distincte et séparée. Mais c'est là une question se rattachant à l'influence de la chose jugée au criminel sur l'action civile et non une question de compétence.

Les cours d'assises ne sont pas tenues, ainsi que les tribunaux correctionnels et de simple police, de statuer sur l'action publique et sur l'action civile par une seule et même décision et toute demande en dommages-intérêts, formée régulièrement par la partie civile, devant la cour d'assises, peut être jugée par cette juridiction, soit dans la session même, soit, lorsqu'une instruction est nécessaire, à la session suivante, et les juges de cette session ne peuvent se déclarer incompétents par ce motif qu'ils n'auraient pas assisté aux débats : à cet égard, la situation des parties est définitivement

Digitized by Google

fixée dès que la cour d'assises est saisie et par cela même qu'elle est saisie (C. instr. cr., art. 366 et 358) [17].

Une exception a été apportée, par la législation spéciale de la presse, à la règle de compétence de la cour d'assises, en cas d'acquittement de l'accusé. Supposons un délit de presse de la compétence de la cour d'assises, par exemple une diffamation envers un fonctionnaire public, à raison de sa fonction : la victime du délit a saisi directement la cour d'assises, mettant ainsi, par sa citation, comme elle en a le droit, l'action publique et l'action civile en mouvement : l'accusé est déclaré non coupable par le jury, et son acquittement est prononcé : est-ce que la cour, qui est saisie de l'action civile, peut accorder des dommages-intérêts à la partie lésée? Qu'on le remarque : bien que le jury ait écarté, par sa déclaration négative, la culpabilité pénale, ce n'est pas un motif pour qu'aucune culpabilité civile ne subsiste et ne motive une allocation de dommages-intérêts, et nous savons que, d'après l'article 358 du Code d'instruction criminelle, la cour d'assises est compétente pour accorder des dommages-intérêts, si elle estime que l'accusé, même acquitté, reste cependant l'auteur d'un délit ou quasi-délit civil. Mais une disposition spéciale et expresse de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 (art. 58), décide que, « en cas d'acquittement par le jury, « s'il y a partie civile en cause, la cour ne pourra statuer que « sur les dommages-intérêts réclamés par le prévenu. Ce « dernier devra être renvoyé de la plainte sans dépens ni « dommages-intérêts au profit du plaignant ».

Cet article, adopté sans discussion, bien qu'il constitue une innovation dans notre droit [18], soulève des difficultés sérieuses.

Faut-il, d'abord, donner à cette disposition une interprétation littérale, et l'appliquer, quel que soit le motif de l'acquittement et alors même qu'il résulterait, du verdict du jury, la preuve de l'existence d'un fait dommageable à la charge de

[17] *Sic*, Cass., 24 juin 1825 (S. chr.).

[18] Voy. ce qu'en dit le rapporteur de la loi sur la presse, M. Lisbonne : Cellier et Le Senne, *op. cit.*, p. 598; Le Poittevin, *op. cit.*, t. 3, n° 1536, p. 602.

Digitized by Google

l'accusé? Le gérant d'un journal est traduit devant la cour d'assises pour publication de pièces mensongèrement attribuées à un tiers, publication ayant troublé la paix publique; ce tiers s'est constitué partie civile dans l'instance. Or, le jury, interrogé distinctement sur chacun des éléments du délit, reconnaît que les pièces publiées ont été mensongèrement attribuées à la partie civile, mais qu'elles ne sont pas de nature à troubler la paix publique; l'acquittement est donc prononcé, puisqu'il manque un des éléments du délit. La cour d'assises sera-t-elle incompétente pour accorder des dommages-intérêts à la partie civile? Le motif, inspirateur de l'article 58, a été d'empêcher que l'acquittement, résultant du verdict du jury, ne fût compensé par une condamnation de la cour. « Des journalistes acquittés par le jury, dit le rapporteur, ont expié le délit qu'ils n'avaient pas commis par des condamnations à des dommages-intérêts qui excédaient le maximum des amendes prononcées par la loi ». Il est certain que, dans le cas qui nous occupe et d'autres cas analogues, la condamnation à des dommages-intérêts, loin d'être en contradiction avec le verdict du jury, n'en serait, au contraire que la confirmation. Mais le texte est trop formel pour qu'on réserve le droit de la cour d'assises: ce serait ouvrir la porte à des distinctions qui feraient reparaître une compétence que la loi de 1881 a voulu proscrire [19].

Mais la victime du délit, qui s'est constituée partie civile en cour d'assises, perd-elle, après l'acquittement, le droit de saisir de son action le tribunal civil? Évidemment non. Sans doute, il lui faudra démontrer que le fait, à raison duquel l'acquittement a été prononcé, est imputable au défendeur, que ce fait lui est préjudiciable, et que le verdict du jury, souverain

[19] Mais si le verdict est affirmatif sur la culpabilité, encore qu'à raison de certaines circonstances le prévenu dût être absous, la cour peut statuer, tant sur les dommages-intérêts réclamés par la partie civile, que sur ceux prétendus par le prévenu (C. instr. cr., art. 366). Il n'est pas, en effet, dérogé à l'article 366 du Code d'instruction criminelle, par l'article 58 de la loi sur la presse qui ne vise que le cas d'acquittement par le jury. Voy. G. Le Poittevin, *op. cit.*, t. 3, n° 1535, p. 602.

Digitized by Google

sur les points qui ont été décidés, peut se concilier avec sa demande. Mais, en supposant ces preuves faites, rien, dans les principes généraux du droit, rien, dans les textes de la loi de 1881, ne s'oppose à une action à fins civiles. Il existe cependant une exception qui restreint cette solution. S'agit-il d'une diffamation, commise envers une personne publique, à raison de sa fonction, d'une part, l'article 46 déclare que l'action civile, sauf le cas de décès ou d'amnistie, ne peut être séparée de l'action publique; d'autre part, l'article 58 enlève à la cour d'assises, seule compétente dans ce cas, le droit de prononcer des dommages-intérêts au préjudice du prévenu acquitté. De la combinaison de cette double règle, on doit conclure que le fonctionnaire diffamé, obligé de saisir la cour d'assises, contrairement au droit commun, ne peut, si le prévenu est acquitté, ni obtenir des dommages-intérêts en s'adressant à la cour d'assises, ni en demander en s'adressant au tribunal civil. Nous comprendrions à la rigueur qu'il en fût ainsi, dans le cas où la loi accorderait au jury le droit de se prononcer sur le principe des dommages-intérêts, en obligeant le président de la cour d'assises à l'interroger distinctement sur la culpabilité pénale et sur la culpabilité civile. Mais enlever à la cour le droit de se prononcer sur la culpabilité civile, sans l'accorder au jury, c'est consacrer un véritable déni de justice, puisque, avec un tel système, la réponse négative du jury à la seule question qui lui est posée ne permet même pas à la cour d'examiner une question qu'il n'a pas été dans la compétence du jury de décider.

192. L'irrecevabilité, devant les tribunaux de répression, de l'action civile, isolée de l'action publique, étant fondée sur l'incompétence même de la juridiction, est d'ordre public. Par suite, elle doit être soulevée d'office et peut l'être en tout état de cause, en appel comme en première instance, devant la Cour de cassation comme devant les juges du fait[20].

[20] V. Cass., 11 sept. 1818; Douai, 10 mars 1880 (S. 82. 2. 79). *Sic*, Mangin, *Act. publ. et civ.*, t. 1, n° 34; Le Sellyer, *Comp. et org. des trib. chargés de la répr.*, t. 2, n° 1143; Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 2, n° 617.

Digitized by Google

193. L'action publique et l'action civile ont été portées, *ensemble* et régulièrement, devant un tribunal de répression : la survenance, en cours d'instance, et avant qu'une décision irrévocable ait été rendue, d'une *cause d'extinction de l'action publique*, a-t-elle pour effet de dessaisir de l'*action civile* le tribunal de répression ?

La question peut se présenter dans quatre cas : lorsque l'action publique est éteinte par la mort de l'agent; lorsqu'elle l'est par une amnistie; ou bien par l'abrogation du délit en suite d'une loi nouvelle; ou enfin quand le jugement ayant été rendu, la partie civile seule ne l'accepte pas et l'attaque par une voie de recours, appel, opposition, pourvoi en cassation.

De ces quatre cas, la loi n'en a prévu qu'un seul, le dernier, et encore au point de vue particulier d'un appel formé contre un jugement du tribunal correctionnel. Mais la solution doit être identique, par identité de motif, pour les autres voies de recours. L'article 202, § 2 du Code d'instruction criminelle suppose qu'un jugement en premier ressort est intervenu à la fois sur l'action publique et l'action civile, nées d'un délit; le ministère public ne forme pas appel dans les délais légaux, et le jugement acquiert, en ce qui concerne l'action publique, autorité de chose jugée; mais la partie civile a formé appel : la juridiction d'appel est saisie de l'action civile et doit y statuer, quoique l'action publique soit éteinte par la chose jugée [21]. Il en est de même, quand un pourvoi en cassation a été formé exclusivement par la partie civile (C. instr. cr., art. 418); si l'arrêt ou le jugement est annulé, l'affaire est renvoyée devant une autre cour ou un autre tribunal *de répression*, qui doit statuer exclusivement sur l'action civile, malgré l'extinction de l'action publique (C. instr. cr., art. 427). La même solution doit être donnée en cas d'opposition faite par la partie civile à un jugement ou à un arrêt rendu par défaut contre elle [22]. Le tribunal, en

[21] Voy. Cass., 14 avr. 1860 (S. 60. 1. 686; D. 60. 1. 375); 31 janv. 1867 (S. 68. 1. 192; D. 68. 1. 96); Nîmes, 19 janv. 1860 (S. 60. 2. 139).

[22] La partie civile qui a fait défaut peut, en effet, former opposition au

Digitized by Google

faisant droit sur cette opposition, ne pourra réformer le jugement que relativement aux intérêts civils [23]. Ces exceptions au principe d'après lequel le procès civil est l'accessoire du procès pénal devant les tribunaux de répression, s'imposaient dans notre système de procédure, car, à moins d'enlever à la partie civile le droit de former un recours contre un jugement ou un arrêt qui lèse ses intérêts, ou d'obliger le ministère public à suivre, malgré lui, la partie civile devant le tribunal d'appel ou la Cour de cassation, il fallait bien autoriser la juridiction répressive supérieure à se prononcer sur un jugement ou un arrêt qui émane d'une juridiction de répression. Il résulte de là que l'action civile, dès qu'elle est jugée au fond, vit de sa vie propre, qu'elle se sépare complètement de l'action publique et peut être l'objet d'un débat *principal* devant les juridictions répressives.

Cette remarque va nous permettre, tout au moins, de limiter le terrain de la difficulté, en ce qui concerne les trois autres hypothèses d'extinction de l'action publique.

Il est bien certain, en effet, que si l'un de ces événements, le décès du prévenu, l'amnistie, l'abrogation du délit par une loi nouvelle, se produit après un jugement sur le fond, la partie lésée aura le droit de suivre le procès devant la juridiction répressive, malgré l'extinction de l'action publique. La situation des parties, au point de vue de la compétence, aura été ainsi consolidée par l'existence d'un jugement que chacune d'elles a le droit de faire tomber dans les limites de son intérêt. La jurisprudence n'a jamais hésité sur ce point [24].

jugement ou à l'arrêt par défaut qui, statuant contradictoirement entre le ministère public et le prévenu, l'a débouté de sa plainte. Ce droit d'opposition lui est reconnu par une jurisprudence constante. Voy. notamment : Cass. crim., rejet, 26 mars 1824 (D. A., v° *Jugement par défaut*, n° 46-1°).

[23] Voy. Cass., 14 janv. 1892 (D. 92. 1. 393).

[24] C'est ainsi qu'il a été décidé : 1° que le décès du prévenu, pendant l'instance d'appel, éteint bien l'action publique, mais n'a pas pour effet de dessaisir la juridiction correctionnelle de l'action civile sur laquelle a statué le jugement de première instance (Cass., 24 août 1854, S. 54. 1. 668; 10 mai 1872, S. 72. 1. 397; D. 72. 1. 331) ; 2° que, en cas d'amnistie, si, au point de vue de l'action publique, il n'y a pas lieu de statuer sur le pourvoi for-

Digitized by Google

Mais que décider si le procès n'a pas été jugé? On conçoit deux opinions opposées. Une thèse, appliquant rigoureusement l'article 3 du Code d'instruction criminelle, déclare que le tribunal répressif devient incompétent[25]. Mais, dans une autre thèse, la coexistence finale des deux actions ne serait point nécessaire pour maintenir à la juridiction répressive le droit de statuer sur l'action civile, il suffirait que cette coexistence se soit produite au début de l'instance.

C'est à cette dernière opinion que la Cour de cassation paraissait s'être ralliée à une certaine époque[26]. Elle s'en est écartée depuis[27]. Peut-être, par une évolution qui est toujours

mé par un prévenu condamné à raison d'un délit amnistié par ladite loi, il en est autrement au point de vue de l'action civile résultant de ce délit, et que la Cour de cassation doit apprécier alors le caractère légal des faits qui sont l'objet de la poursuite pour savoir si l'arrêt ou le jugement attaqué doit être annulé sous ce rapport (Cass., 2 mai 1878, S. 79. 1. 48, D. 71. 1. 48; 20 juill. 1878, solut. impl., S. 80. 1. 89); 3° mais il avait été décidé que le décès du prévenu, pendant l'instance du pourvoi en cassation, dessaisissait la Cour de cassation de la connaissance de l'action civile. V. Cass., 3 août 1883 (*B. cr.*, n° 201); 3 janv. 1885 (*B. cr.*, n° 10); 22 févr. 1890 (*B. cr.* n° 45). La Cour de cassation, par des arrêts postérieurs, que nous citons à la note 27, est revenue sur cette jurisprudence. Il n'est pas douteux, aujourd'hui, que l'article 202 autorise tous les tribunaux répressifs à maintenir leur compétence relativement à l'action civile lorsqu'il est intervenu un jugement sur le fond. *A fortiori*, en est-il ainsi quand le décès se produit pendant l'instance en cassation. Comp. Mangin, *Act. publ. et civ.*, t. 2, n° 446; Rauter, *op. cit.*, t. 2, n° 868; Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 2, n° 1090; Le Sellyer, *op. cit.*, t. 1, n° 388.

[25] *Sic*, Rouen, 1er févr. 1872 (S. 72. 2. 230); Paris, 3 juin 1872 (S. 72. 3. 96); Legraverend, *Traité de légis. crim.*, t. 1, p. 67.

[26] Il est vrai qu'elle n'avait statué qu'en matière d'amnistie : Cass., 27 déc. 1869 (*B. cr.*, n° 268); 22 déc. 1870 (*B. cr.*, n° 197); 9 janv. 1880 (motifs) (*B. cr.*, n° 15); 16 mars 1882 (S. 83. 1. 89), et la note de M. Esmein. Comp. Lyon, 25 août 1880 (S. 81. 1. 75). Ce dernier arrêt est très bien motivé.

[27] Un premier arrêt du 29 juillet 1898 (S. 1900. 1. 55) s'explique pour le cas de décès : « Attendu qu'aux termes des articles 2 et 3 du Code d'instruction criminelle, l'action publique s'éteint par le décès du prévenu, et que l'action civile ne peut être portée devant les tribunaux de répression qu'accessoirement à l'action publique et conjointement avec elle; qu'il suit de là que, lorsque le décès du prévenu se produit avant toute décision sur

Digitized by Google

possible dans une question de procédure, reviendra-t-elle à son opinion première, qui nous paraît la plus juridique. L'action civile a été régulièrement introduite en même temps que l'action publique; le tribunal peut et doit statuer, et les événements ultérieurs ne sauraient lui enlever sa compétence originaire au mépris du droit acquis de la partie civile d'obtenir un jugement. C'est qu'en effet, pour savoir s'il peut juger, lorsqu'une loi ne modifie pas sa compétence, tout tribunal doit se reporter au jour où il a été saisi; car ce jour-là il aurait dû juger. Il faut faire abstraction, en effet, pour mesurer la compétence, des pertes de temps fatales, dues aux complications de l'organisme judiciaire [28].

L'application de cette solution doit être faite distinctement et distributivement suivant qu'il s'agit de l'une ou de l'autre des causes éteignant l'action publique.

le fond, la juridiction correctionnelle devient incompétente pour connaître de l'action civile; mais qu'il n'en est plus de même lorsque le prévenu décède après qu'un jugement a déjà statué tant sur l'action publique que sur l'action civile; — Attendu que l'article 202 du Code d'instruction criminelle, qui autorise la partie civile à appeler de ce jugement quant à ses intérêts civils, donne par cela même compétence à la cour d'appel pour statuer sur cet appel, quelle que soit la décision intervenue sur l'action publique et alors même que cette action échapperait à la connaissance de la cour par suite du défaut d'appel du ministère public ou du prévenu; — Attendu que ce principe doit être pareillement appliqué lorsque l'action publique vient à s'éteindre par le décès du prévenu au cours de l'instance d'appel, puisque, aux termes des articles 173 et 203, l'appel ne fait que suspendre l'exécution du jugement de première instance, ce qui rend nécessaire de statuer sur les intérêts civils; — Et attendu qu'aux termes de l'article 373 du Code d'instruction criminelle, le pourvoi en cassation a le même effet suspensif que l'appel; que, dès lors, il n'y a lieu de distinguer entre le cas où le prévenu meurt au cours de l'instance d'appel et le cas où il meurt son pourvoi en cassation étant pendant; que, dans ce dernier cas, la Cour de cassation reste compétente pour statuer sur les intérêts civils... » Un arrêt postérieur du 1er juill. 1899 (S. 1901. 1. 382) peut être considéré comme la consécration de cette évolution de la jurisprudence. Il se prononce dans la même hypothèse de décès et s'appuie, pour l'admission de l'appel ou du pourvoi de la partie civile, sur la généralité des termes des articles 202 et 373 du Code d'instruction criminelle.

[28] Je motive ainsi cette solution, favorable à un droit acquis de la partie civile, sur un principe général, indépendant de l'article 202.

Digitized by Google

1° En cas d'amnistie comme en cas d'abrogation du délit par une loi nouvelle, le défendeur à l'action civile est toujours le prévenu ou l'accusé, et il n'y a pas lieu à reprise d'instance. La seule difficulté qui se présente tient au fond du droit et non à la procédure : on pourrait soutenir, en effet, que, dans l'une comme dans l'autre circonstance, l'action publique étant éteinte parce que le délit est effacé, le tribunal se trouve donc dans la même situation que lorsqu'il acquitte le prévenu parce qu'il n'y a pas de délit punissable. Mais cette objection pourrait être faite dans le cas où le ministère public a laissé passer en force de chose jugée le jugement du tribunal correctionnel qui acquitte le prévenu : la loi ne s'y est pas arrêtée (C. instr. cr., art. 202). Il suffit de remarquer qu'au moment de la saisine, le tribunal était compétent pour statuer sur l'action civile et que l'amnistie laisse intacts les droits des tiers [29].

2° En cas de décès du prévenu, cette difficulté n'existe pas, puisque l'action publique est éteinte par la disparition du *délinquant* et non par celle du *délit*, mais il y a lieu, pour la partie civile, de procéder à une reprise d'instance contre les héritiers. Cette procédure est possible toutes les fois que l'action civile est portée devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police : elle se fait par voie de citation dans les

[29] Dans les lois d'amnistie récentes, la question a été tranchée en sens divers. I. Nous citerons d'abord la loi du 27 déc. 1900 (S. *Lois annotées*, p. 17). Dans son article 1er « Amnistie pleine et entière est accordée, à raison des « faits se rattachant à l'affaire Dreyfus ». Pour ces faits, « l'action civile ne « pourra être portée que devant la juridiction civile, alors même que la juri- « diction répressive serait déjà saisie ». Mais quant aux autres faits amnistiés par la même loi, il est dit, dans l'article 2, dernier alinéa ; « Dans au- « cun cas, l'amnistie ne pourra être opposée aux droits des tiers, qui devront « porter leur action devant la juridiction civile, alors même que la juridic- « tion répressive serait déjà saisie..., *sauf le cas où un jugement contradic- « toire aurait été déjà rendu sur le fond* ». Voy. note 56 dans le recueil précité. II. Ces prévisions sont étrangères à l'article unique de la loi des 30, 31 déc. 1903, relative à l'amnistie pour faits de grèves et faits connexes. III. La loi du 2 nov. 1905 qui accorde une amnistie pour une série de délits et de contraventions énumérés par l'article 1er, et pour les faits se rattachant « à la publication d'indications secrètes » (les faits de délation), dispose,

Digitized by Google

délais et les formes ordinaires [30]. Mais si l'action civile est pendante devant la cour d'assises, je ne crois pas, à raison du caractère de cette juridiction, qu'il soit possible d'assigner les héritiers en reprise d'instance. Comment procéderait-on, en effet? Et dans quels délais?

La question, du reste, n'a qu'un intérêt théorique, limité par une observation générale. Supposons, en effet, que l'événement extinctif de l'action publique, l'amnistie ou le décès, soit intervenu avant le jour où l'affaire est appelée devant la cour d'assises, ce qui est évidemment l'hypothèse ordinaire. Mais, l'arrêt de renvoi avait été rendu, antérieurement, par la chambre des mises en accusation, et une partie civile s'était constituée devant la juridiction d'instruction : la cour d'assises pourrait-elle accueillir la demande en dommages-intérêts que cette personne produirait devant elle? Je ne le crois pas, car la coexistence initiale des deux actions, nécessaire pour donner compétence à la juridiction répressive, fait défaut dans cette hypothèse. La constitution de partie civile n'a pu se produire devant la cour d'assises, puisque l'accusation était éteinte avant que la juridiction de jugement ait été saisie. La partie lésée est bien obligée, par suite du mécanisme même de la procédure criminelle, d'assigner les héritiers devant la juridiction civile qui reste exclusivement compétente. La seule hypothèse pratique, dans laquelle on pourrait envisager la question, est celle des délits de presse, où la citation directe précède de quelques jours la comparution, si bien que, dans l'intervalle, le décès ou l'amnistie a pu se produire, alors que la juridiction était déjà saisie.

194. Pour étudier le *moment* et le *mode* d'une constitution de partie civile, il faut se placer en face des hypothèses

dans son article 3 : « Dans aucun cas, l'amnistie ne pourra être opposée aux « droits des tiers, lesquels devront porter leur action devant la juridiction « civile si elle était du ressort de la Cour d'assises *ou si la juridiction correctionnelle n'avait pas déjà été saisie...* »

[30] L'exception du délai pour faire inventaire et délibérer pourra-t-elle être soulevée par les héritiers ? Je l'admettrai comme une conséquence même de la nature de l'action (C. pr. civ., art. 174).

Digitized by Google

suivantes : celle où le ministère public n'a pas encore intenté l'action publique ; celle où il l'a déjà intentée. Dans le premier cas, la victime du délit, qui prend l'initiative, doit procéder par voie *d'action*, dans le second, par voie *d'intervention* seulement, puisque le ministère public a engagé l'instance.

1. La partie lésée, lorsque le procès pénal n'est pas encore engagé, ne peut porter son action devant la juridiction répressive, que si elle met en mouvement le procès pénal, de manière à ce que cette juridiction soit saisie « *en même temps* » des deux actions, publique et civile. En donnant à la partie lésée le droit de saisir, par voie *d'action*, les tribunaux de répression, la loi lui a donné par cela même le droit de mettre en mouvement le procès pénal et de vaincre l'inertie ou la mauvaise volonté du ministère public. Dans l'opinion que nous avons exposée, ce *droit d'action* appartient à la partie lésée, tout à la fois, devant le *juge d'instruction*, pour mettre en mouvement l'information, et devant le *tribunal correctionnel* ou le *tribunal de police*, pour faire juger la demande.

a) Nous avons déjà dit quels sont les effets de la plainte, lorsqu'elle est accompagnée d'une constitution de partie civile. Dans notre opinion, le ministère public reste libre de ses réquisitions, et le fait que la victime de l'infraction s'est constituée partie civile et a offert de consigner somme suffisante pour couvrir les frais, n'oblige pas le ministère public à requérir qu'il soit informé si le fait dénoncé ne lui paraît pas prévu par la loi pénale, ou si l'insuffisance des charges lui est déjà démontrée. Mais, en pareil cas, la plainte saisit par elle-même le juge d'instruction qui est tenu de statuer, et qui peut y donner suite, quelles que soient les réquisitions du procureur de la République[31].

[31] Voy. n° 152. La chambre d'accusation de la Cour d'appel de Lyon, contrairement à l'article 63 et à l'opinion qui prévaut en doctrine et en jurisprudence, a décidé, dans un arrêt du 25 oct. 1905 (*Gaz. des Trib.*, n° du 23 déc. 1905) que le juge d'instruction n'a pas le droit d'ouvrir une information sur une plainte déposée avec constitution de partie civile, lorsque le ministère public a déclaré ne pas vouloir poursuivre le crime dénoncé. Dans

Digitized by Google

b) Si le dommage, dont elle se plaint, a sa cause dans un *délit* ou une *contravention*, la partie lésée a le droit de *citer directement* le prévenu devant le tribunal correctionnel ou de police, qui se trouve ainsi compétent, bien que saisi à la requête d'un particulier, pour juger, en même temps, le procès pénal et le procès civil (C. instr. cr., art. 145 et 182). Le droit de *citation directe*, c'est-à-dire le droit de procéder par voie d'action, n'appartient, devant la cour d'assises, ni au ministère public ni à la partie civile[32]. C'est la chambre des mises en accusation

l'espèce, un sieur R... avait déposé une plainte devant le juge d'instruction de Villefranche-sur-Saône contre X.., qui avait usurpé son nom pour se faire délivrer par la Régie des acquits fictifs. Le juge d'instruction rendit une ordonnance ainsi conçue : « Déclarons ne pouvoir informer, faute de réquisitoire, la plainte déposée entre nos mains par le sieur R..., avec constitution de partie civile contre X... pour faux et usage de faux n'étant pas suffisante pour mettre en mouvement l'action publique ». Le sieur R... fit opposition et la Cour rendit, sur cette opposition, un arrêt ainsi conçu : « Attendu qu'aux termes de l'article 1er du Code d'instruction criminelle, l'action publique n'appartient qu'aux fonctionnaires à qui la loi l'a confiée; — Attendu que le juge d'instruction, à qui l'action publique n'a pas été confiée, n'a pas le droit d'ouvrir une information lorsque le ministère public a déclaré ne pas vouloir poursuivre le crime dénoncé; — que décider le contraire serait certainement porter atteinte à l'indépendance du ministère public, proclamée par ledit article 1er du Code d'instruction criminelle; — Attendu que si, à la vérité, aux termes de l'article 3 du même Code, l'action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, c'est quand le juge de l'action publique a été saisi par le fonctionnaire compétent; qu'il n'y a exception à cette règle que dans les cas prévus formellement par le Code et relatés dans les articles 182 et 135 du Code d'instruction criminelle, cas dans lesquels ne se trouve pas la requête R....; — Attendu, au surplus, que l'intérêt de ce dernier n'aura pas à souffrir du refus du ministère public de poursuivre, puisque ce refus ne met pas obstacle à l'exercice de l'action civile, qui peut toujours être portée devant les tribunaux compétents; — Par ces motifs, rejette l'opposition formée par R... à l'ordonnance rendue le 9 août 1905, par le juge d'instruction près le tribunal civil de Villefranche, sur la plainte dudit R... ». Dans l'espèce, le juge d'instruction avait, au moins, rendu une ordonnance d'abstention, ce qui avait permis à la partie civile de faire opposition. La Cour avait donc été régulièrement saisie.

[32] La loi du 16 mars 1893 a déféré, aux tribunaux de police correctionnelle, les délits d'offenses et d'outrages envers les chefs d'État et agents di-

Digitized by Google

qui, seule, peut renvoyer, par arrêt, un accusé devant cette juridiction.

En matière de presse, cependant, la loi du 29 juillet 1881 ouvre au ministère public deux voies pour l'exercice des poursuites devant la cour d'assises: la voie ordinaire de l'information préalable et celle de la citation directe (art. 50 et 51). Cette option, déjà consacrée par la législation antérieure, a été également donnée — et sur ce point la loi de 1881 a innové, — à la personne lésée : 1° en cas de *diffamation* ou *d'injure* aux fonctionnaires publics, dépositaires ou agents de l'autorité autres que les ministres, aux ministres des cultes salariés par l'État et aux citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public (art. 47, §§ 3 et 6); 2° en cas de *diffamation* seulement, aux jurés et aux témoins (art. 47, §§ 4 et 6).

II. La personne lésée peut *intervenir* dans la poursuite commencée par le ministère public et joindre son action civile à l'action pénale : elle le peut, alors même qu'elle n'aurait pas porté plainte, car de même qu'un plaignant n'est pas réputé partie civile, alors même qu'il a déposé une plainte, de même une partie civile n'a pas besoin d'avoir déposé une plainte préalable pour que son intervention soit recevable[33].

La *constitution de partie civile*, expression juridique servant à désigner l'acte par lequel la victime intervient au procès pénal, peut être faite en tout état de cause, jusqu'à la clôture des débats (C. instr. cr., art. 67). *a*) Elle peut l'être d'abord devant les *juridictions d'instruction*, juge d'instruction, chambre des mises en accusation, premier président ou conseiller délégué (C. instr. cr., art. 480 et 484), tant que ces juridictions n'ont pas rendu une ordonnance ou un arrêt de dessaisissement. *b*) Elle peut l'être devant les *juridictions de jugement*, cours d'assises, tribunaux correctionnels ou de police, première chambre de la cour, alors même que le plaignant ne serait pas intervenu dans l'instruction. Mais pour savoir

plomatiques étrangers, précédemment de la compétence de la cour d'assises (art. 60, nouveau).

[33] Le Sellyer, *Actions*, t. 1, n° 192.

Digitized by Google

jusqu'à quel moment l'intervention est recevable, une distinction s'impose entre la cour d'assises et les autres juridictions.

Devant la cour d'assises, les débats sont déclarés clos, avant le jugement, par une ordonnance du président (C. instr. cr., art. 335, § 3). Cette déclaration marque la limite au delà de laquelle la qualité de partie civile ne peut être prise. Il serait donc trop tard, pour la victime, d'intervenir après ce moment, le fît-elle, même avant la déclaration du jury[34]. Tant que les débats sont ouverts, en effet, la discussion des prétentions respectives des parties est possible et recevable; mais après qu'ils sont terminés, il serait trop tard pour introduire, dans le procès, un élément nouveau de discussion. Toutefois, la clôture des débats peut être rapportée, soit par une simple ordonnance du président, lorsqu'il ne s'élève à ce sujet aucun débat contentieux, soit par arrêt de la cour dans le cas contraire. La partie lésée retrouve alors son droit général de se constituer partie civile au procès. Mais on ne saurait, si elle est restée, jusqu'à la clôture, étrangère aux débats, en s'abstenant de se constituer, lui reconnaître la faculté de demander la réouverture des débats seulement pour le faire.

Devant les tribunaux de police simple ou correctionnelle, les débats ne sont clos que par le jugement qui admet l'incompétence ou qui statue sur le fond[35]. Les conclusions

[34] Des arrêts décident que l'intervention d'une partie civile ne serait plus recevable après la déclaration du jury. Voy. Cass., 4 août 1881 (S. 83. 1. 239). Mais cette intervention est-elle recevable jusque-là? Oui, tant que les débats sont ouverts. Non, après leur clôture. Et l'article 335 du Code d'instruction criminelle qui indique l'ordre dans lequel les parties sont entendues et qui s'en réfère au droit commun pour les intérêts civils (Cass., 18 janv. 1894, D. 98. 1. 286) déclare que c'est après avoir donné la parole à toutes les parties et, notamment, à la partie civile, qu'aura lieu la clôture des débats. Mais la partie civile, régulièrement constituée avant la clôture des débats, peut ne présenter qu'ultérieurement, et même après la déclaration du jury, ses conclusions en dommages-intérêts, c'est-à-dire ses conclusions relatives à la fixation de ses dommages-intérêts. V. Cass., 27 nov. 1857 (S. 58. 1. 558); 11 avr. 1861 (*B. cr.*, n° 76). Comp. note sous Cass., 9 août 1900 (S. 1901. 1. 59).

[35] Voy. sur le principe : Cass. crim., 10 nov. 1905 (D. 1905. 1. 512) : « Attendu que, dans la procédure suivie devant les tribunaux cor-

Digitized by Google

dans lesquelles la victime du délit ou de la contravention se constitue partie civile sont donc recevables jusque-là, et le tribunal ne pourrait refuser de les admettre sous prétexte que l'affaire ayant été plaidée, n'a été renvoyée à une audience ultérieure que pour être jugée [36]. Toutefois, la constitution doit avoir lieu devant la juridiction du premier degré, car la partie civile qui interviendrait seulement en appel, priverait le prévenu, si son intervention était recevable, d'une garantie judiciaire, le bénéfice des deux degrés de juridiction. La disposition de l'article 67 du Code d'instruction criminelle, qui permet au plaignant de se porter partie civile jusqu'à la clôture des débats, doit donc s'entendre, dans les causes sujettes à appel, des débats devant le juge du premier degré [37].

La constitution de partie civile n'est subordonnée, ni en la forme ni au fond, à la présence du prévenu ou de l'accusé; elle peut donc être faite, par voie de simples conclusions, en cas de *défaut* comme en cas de *contumace*. Les intérêts du prévenu ou de l'accusé sont, du reste, sauvegardés par le caractère de la décision : s'il s'agit d'un jugement par défaut, accueillant les prétentions de la partie civile, l'opposition permettra de le faire tomber; s'il s'agit d'un arrêt par contumace, le condamné pourra toujours, en se représentant dans les délais de la prescription, empêcher qu'il produise effet [38].

rectionnels, la loi n'a pas édicté de disposition spéciale sur la clôture des débats; que le dernier état du débat n'est irrévocablement fixé que par le prononcé du jugement ou de l'arrêt et que, jusque-là, le prévenu, dans l'intérêt de sa défense, de même que le ministère public au nom de l'action publique doivent être admis à conclure et à produire tous documents qu'ils jugent utiles à la manifestation de la vérité... » Comp. Cass., 28 mai 1870 (D. 70. 1. 373). Il en est de même pour la procédure devant les tribunaux de police : Cass., 19 avr. 1894 (S. 94. 1. 301); 9 juin 1898 (*Pand. franç.*, 99. 1. 424).

[36] Jurisprudence constante. V. Cass., 17 janv. 1868 (D. 68. 1. 39); 28 mai 1870 (D. 70. 1. 373); Alger, 18 févr. 1902 (*Le Droit*, 12 et 13 mai 1902). Conf. Cass., 19 août 1900 (S. 1901. 1. 59) et les notes 1 à 5; 12 févr. 1904 (*Pand.*, 1904. 1. 451).

[37] *Sic*, Rouen, 10 nov. 1845 (D. 45. 4. 12); Orléans, 5 juill. 1870 (D. 70. 2. 173); Paris, 5 août 1893 (D. 93. 1. 516); Alger, 16 nov. 1895 (D. 96. 2. 95); Cass., 15 nov. 1883 (*B. cr.*, n° 339).

[38] *Sic*, Cass., 3 août 1888 (D. 89. 2. 87) et la note.

Digitized by Google

Mais, en cas de condamnation par défaut, si le prévenu forme opposition et qu'il se désiste ou ne se présente pas, le tribunal de répression est dessaisi vis-à-vis de la partie civile qui se serait constituée seulement sur opposition[39].

III. La partie lésée, qui a déposé une plainte contenant constitution de partie civile devant le juge d'instruction, ne peut, au cours de l'information ouverte à sa requête, agir, par voie de citation directe, devant le tribunal correctionnel, et, réciproquement, après avoir saisi le tribunal correctionnel, elle ne peut porter plainte devant le juge d'instruction et lui demander d'ouvrir une information[40]. A ce point de vue, la situation de la victime du délit est la même que celle du ministère public[41]. C'est que, d'une part, il est contradictoire de demander, en même temps, à ce que l'affaire soit instruite et à ce qu'elle soit jugée: et que, d'autre part, un même procès ne doit pas être portée devant deux juridictions à la fois[42]. Mais la partie plaignante a la faculté de se désister, ce que le ministère public ne peut faire.

195. Lorsque la partie civile procède par voie d'*action*, c'est en adressant une *citation* au prévenu qu'elle commence l'instance, s'il s'agit de la porter devant les juridictions de jugement, et c'est en déposant une *plainte*, contenant consti-

[39] *Sic*, Lyon, 17 mars 1897 (*J. des Parquets*, 97, 2e part., p. 35). C'est qu'en effet, l'opposition étant considérée comme non avenue quand le prévenu s'en est désisté, le jugement par défaut devient définitif. Il est donc trop tard pour se constituer, la qualité de partie civile ne pouvant être prise après la clôture des débats.

[40] Voy. Paris, 29 nov. 1850 (D. 51. 2. 15).

[41] Il a été jugé, en effet, que, lorsque le procureur de la République a opté pour la voie de l'instruction préparatoire, il n'a plus le droit de traduire l'inculpé directement devant le tribunal correctionnel : le juge d'instruction ne peut, en effet, être dessaisi que par un acte qui épuise sa juridiction. *Sic*, Nancy, 4 déc. 1847 (D. 48. 2. 199); Cass., 5 janv. 1878 (*B. cr.*, n° 7). Conf. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 6, n° 2816.

[42] L'exception, résultant de cette espèce de litispendance, est d'ordre public, comme toutes les exceptions qui tiennent à l'ordre des juridictions pénales. C'est une différence avec les règles de la litispendance en matière civile. Voy. Garsonnet, *Traité théor. et prat. de proc.* (2e éd.), t. 2, n° 735, p. 545.

Digitized by Google

tution de partie civile, s'il s'agit de faire ouvrir une information. Dans le cas où elle agit par voie d'*intervention*, elle se constitue, en prenant des *conclusions* en dommages-intérêts (C. instr. cr., art. 66), ou en demandant *acte* de son intervention, sauf le droit, pour elle, de fixer ultérieurement, dans ce cas, le chiffre des dommages-intérêts qu'elle prétend réclamer[43]. En un mot, la constitution de partie civile est une *déclaration de volonté* en justice. A la condition qu'elle soit faite par une personne ayant qualité, peu importe la forme même par laquelle elle se manifeste[44]. Aucune disposition de la loi n'oblige même la partie lésée à se présenter en personne ou à recourir au ministère d'un avoué, lorsqu'elle entend se constituer partie civile[45].

196. L'effet immédiat de la constitution de partie civile est de donner, à l'inculpé, la victime de l'infraction comme adversaire dans le procès pénal. D'où quatre conséquences corrélatives, qui permettent de préciser la situation de celui qui a porté l'action civile devant les juridictions répressives.

I. Désormais, les actes importants de la procédure, tels que demande de mise en liberté provisoire (C. instr. cr., art. 118), opposition à un jugement de défaut (C. instr. cr., art. 187), etc., devront être signifiés à la partie civile. Aussi, l'article 68 lui impose l'obligation, si elle ne demeure pas dans l'arrondissement où se fait l'instruction, « d'y élire domicile par acte passé au greffe du tribunal ». L'absence d'élection de domi-

[43] Voy. la note 34 sur le droit de la partie civile, régulièrement constituée avant la clôture des débats en cour d'assises, de présenter ultérieurement, même après la déclaration du jury, ses conclusions en dommages-intérêts.

[44] Comp. Douai. 16 avr. 1874 (S. 76. 2. 83).

[45] Ainsi l'instance est régulièrement engagée, soit lorsque la personne (dans l'espèce, un avocat) qui s'est présentée comme mandataire de la partie civile a justifié de ses pouvoirs, soit lorsque la partie adverse a accepté le débat sans élever de contestation sur l'existence du mandat : Cass., 18 avril 1901 (S. 1903. 1.55); 2 sept. 89 (S 1890. 1. 541) et la note et les renvois ; Cour d'assises des Landes, 7 avr. 1900, sous Cass., 9 août 1900 (S. 1901. 1. 59). Voy. Cass. belge, 28 févr. 1898 (S. 99. 4. 7) et la note.

Digitized by Google

cile ne frappe pas d'irrégularité ou de nullité la constitution, mais empêche la partie civile d'opposer le défaut de signification contre les actes qui auraient dû lui être signifiés aux termes de la loi (C. instr. cr., art. 68)[46].

II. La victime de l'infraction, devenant, par sa constitution, partie civile au procès, peut former un recours contre le jugement, l'ordonnance ou l'arrêt de la juridiction de répression qui lui fait grief. La partie civile a, en général, et suivant les cas, trois voies de recours : l'opposition, l'appel et le pourvoi en cassation[47]. Les autres voies de recours extraordinaires, la tierce opposition et la requête civile, lui sont fermées, par ce motif qu'une fois le jugement rendu, la partie civile perd le droit de s'adresser aux tribunaux répressifs, même par une voie détournée, et doit porter son action, par voie principale, devant les tribunaux civils (C. instr. cr., art. 3).

La victime du délit, qui n'a pas pris part à l'instance, est sans droit pour se pourvoir contre la décision intervenue. Il lui manque, en effet, la première des qualités essentielles pour attaquer la décision, celle de *partie* au procès.

III. Le témoignage de la partie civile cesse d'être recevable dès que cette partie s'est constituée et par cela seul qu'elle s'est constituée. Le brocard : *nullus idoneus testis in re sua intelligitur,* est l'expression d'un principe de bon sens que la loi n'a même pas besoin de formuler[48]. Mais il faut bien se garder de l'exagérer. En effet deux conceptions en limitent la portée. D'une part, il ne faut pas oublier que la partie civile, agissant exclusivement dans un intérêt pécuniaire, n'a ni le titre ni la qualité d'accusateur. D'autre part, le président de la cour d'assises, à raison du fonctionnement de cette juridiction, est investi d'un pouvoir discrétionnaire, en vertu duquel

[46] Voy. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 4, n° 1734 ; Mangin, *Instruction écrite*, t. 1, n° 62.

[47] Nous verrons que la partie lésée ne peut pas, à défaut de pourvoi du ministère public, se pourvoir contre un arrêt de non-lieu de la chambre d'accusation : Cass., 9 mai 1901 (S. 1904. 1. 207).

[48] La jurisprudence est constante sur ce point. Voy. Cass., 13 juill. 1861 (S. 62. 1. 445); 13 avr. 1888 (S. 90. 1. 285).

Digitized by Google

il peut prendre sur lui tout ce qu'il croira utile pour découvrir la vérité et notamment entendre toutes personnes (C. instr. cr., art. 268 et 269). D'où il suit : 1° que la partie civile peut être entendue comme témoin, et sous la foi du serment, devant le tribunal correctionnel comme devant la cour d'assises, s'il n'y a pas opposition de la part du prévenu ou du ministère public[49]; 2° que, devant les cours d'assises, mais non devant les tribunaux correctionnels ou de police, la partie civile peut être entendue en vertu des pouvoirs discrétionnaires du président, à titre de renseignement, sans que le ministère public ou l'accusé aient, à cet égard, un droit d'opposition ou de critique[50].

Il semble résulter, comme contre-partie de cette proposition, que la victime du délit, en déposant à titre de témoin et sous la foi du serment, devient irrecevable à se constituer ensuite partie au procès si cette exception est soulevée par le prévenu. Que la victime choisisse entre la qualité de témoin et celle de partie : mais les deux qualités sont incompatibles. La jurisprudence n'a pas accepté cette manière de voir : d'une part, la déposition du plaignant qui ne s'est pas encore constitué partie civile, faite avec prestation de serment, ne l'empêche pas de se porter ultérieurement partie civile; d'autre part, cette déposition ne doit pas être rejetée et reste acquise aux débats, lors même que le plaignant se porte partie civile après avoir témoigné sous la foi du serment. Ces propositions

[49] Il y a un argument d'analogie qui a permis à la jurisprudence d'appuyer cette solution sur un texte, l'article 322 du Code d'instruction criminelle, aux termes duquel « les dénonciateurs, autres que ceux récompensés pécuniairement par la loi, peuvent être entendus en témoignage ». En assimilant la partie civile à un dénonciateur, récompensé pécuniairement, il faut appliquer à la partie civile les règles adoptées pour le dénonciateur dont la déposition peut être simplement écartée sur la demande des autres parties. Comp. Bonnier, *Traité théor. et prat. des preuves*, 5e éd., n° 336.

[50] D'une part, le président du tribunal correctionnel ou de police n'a pas de pouvoir discrétionnaire. Mais, d'autre part, en cour d'assises, l'audition de la partie civile, en vertu des pouvoirs discrétionnaires, mais après prestation de serment, n'est pas une cause de nullité, s'il n'y a pas eu d'opposition. Cass., 4 févr. 1887 (D. 88. 1. 46); 25 févr. 1893 (D. 94. 1. 142).

Digitized by Google

très contestables ne sont plus cependant discutées dans la jurisprudence pratique[51].

IV. L'intervention de la partie lésée engage sa responsabilité civile et pénale, et peut l'exposer à une condamnation à des dommages-intérêts envers le prévenu, l'accusé ou les personnes civilement responsables, aux frais du procès, et même à l'application d'une peine pour dénonciation jugée calomnieuse.

1° Celui qui porte plainte, comme celui qui se constitue partie civile, ne fait qu'exercer un droit, mais il le fait à ses risques et périls. Une plainte *téméraire*, *irréfléchie*, *calomnieuse*, lorsqu'elle cause un préjudice, est de nature à donner lieu à une action en dommages-intérêts, tout comme une citation directe et une intervention de partie civile[52]. La différence entre les deux situations, c'est que le plaignant doit être actionné devant les tribunaux civils, tandis que la partie lésée qui succombe peut être condamnée par les tribunaux de répression, devant lesquels elle a porté son action. La compétence de ces juridictions est motivée par la qualité de *partie* au procès prise par la prétendue victime de l'infraction (C. instr. cr., art. 136, 159, 191, 359). Nous aurons à nous demander si le droit du prévenu, de l'accusé ou des personnes civilement responsables de conclure à des dommages-intérêts devant le tribunal même qui les a renvoyés d'instance, rend irrecevable, quand il n'est pas exercé, l'action séparée qu'introduiraient plus tard ces mêmes personnes devant les tribunaux civils. Nous verrons qu'en principe, tout au moins, la compétence du tribunal de répression n'est pas exclusive de celle du tribunal civil et que l'action en réparation du préjudice causé par une poursuite téméraire peut être valablement portée plus tard devant la juridiction ordinaire. L'article 358 du Code d'instruction criminelle, en vue de sauvegarder le droit de l'accusé de mettre en jeu la responsabilité ultérieure du plaignant, impose au pro-

[51] Cette jurisprudence est très ancienne. Voy. *Répert. génér. alphab. du droit français*, v° *Action civile*, n°s 253 et suivants.

[52] C'est le droit commun dont l'article 1382 du Code civil contient la formule. Voy. pour l'abus de citation directe : Cass., 25 mars 1898 (S. 99. 1. 296).

Digitized by Google

cureur général l'obligation de faire connaître, à l'accusé acquitté par la cour d'assises, l'auteur de la dénonciation qui a motivé les poursuites exercées. Mais, bien entendu, en cas de constitution de partie civile, le dénonciateur se révèle lui-même par son attitude et ses actes publics [53].

2° Dans quels cas la partie civile devra-t-elle être condamnée aux frais de l'instance? Nous aurons à combiner, pour résoudre cette difficile question, les articles 157 et 158 du décret du 18 juin 1811 avec l'article 368 du Code d'instruction criminelle.

3° L'article 373 du Code pénal punit la dénonciation calomnieuse; mais l'expression « dénonciation » n'est pas prise dans son sens technique, et comprend la *dénonciation proprement dite*, qui est l'œuvre d'un tiers désintéressé, et la *plainte*, qui est l'œuvre d'une personne ayant souffert du délit. La *citation directe* produit, à ce point de vue, le même effet. Mais il n'en est pas de même de l'*intervention* qui n'a pas été précédée d'une plainte. Un des caractères essentiels de la dénonciation calomnieuse, c'est la spontanéité, et ce caractère manque certainement quand la prétendue victime qui n'a pas porté plainte ne fait que joindre son action à la poursuite intentée d'office par le ministère public [54].

197. La constitution de partie civile est un acte grave qui expose son auteur à une lourde responsabilité. La loi a donc permis au plaignant de s'y soustraire, après réflexion, au moyen d'un désistement. De même, en effet, que la partie civile a la faculté de *renoncer* à l'action civile avant de l'avoir intentée, de même elle à la faculté de se *désister* de la poursuite après l'avoir soumise à la juridiction répressive. Toutefois, pour éviter qu'on ne fût tenté de former une constitution irréfléchie dans la certitude de pouvoir s'y soustraire, la

[53] Sur un cas d'application ou, du moins, de demande d'application de cette disposition : Cour d'assises de Seine-et-Oise, 21 nov. 1905 (Voy. les observations du rédacteur de la Chron. jud. de la *Revue pénitent.*, 1905, p. 609 à 611).

[54] Sur tous ces points, V. mon *Traité théor. et prat.* (2e éd.), nos 34 à 51.

Digitized by Google

loi a soumis la régularité du désistement à certaines conditions restrictives (C. instr. cr., art. 67).

La personne qui s'est constituée partie civile doit se désister : 1° avant le *jugement*[55], c'est-à-dire, en police correctionnelle et en police simple, avant le jugement sur le fond; en cour d'assises, avant le verdict[56]; 2° et elle ne peut le faire que dans les *vingt-quatre heures* de sa déclaration de se porter partie civile, délai calculé, comme tous les délais établis par heures, *de momento ad momentum*[57]. Bien entendu, pour cela, il faut que la constitution porte mention de l'heure à laquelle elle est faite ou qu'on puisse authentiquement en déterminer l'heure. A défaut de cette précision, que la loi n'impose pas pour la validité de l'acte, la partie civile a le jour tout entier qui suit la date de la déclaration, pour se désister[58].

Aucune forme spéciale n'est imposée par la loi, à la partie lésée, soit pour *se constituer*, soit pour *se désister*. Une manifestation expresse d'*intention*, voilà tout ce qui est exigé[59]. Si donc l'acte de constitution de partie civile est encore entre

[55] En aucun cas, le désistement donné après le jugement ne peut être valable, quoiqu'il ait été donné dans les vingt-quatre heures de la constitution, et cela alors même que le jugement serait susceptible d'appel. Comp. Le Sellyer, *Actions publ. et priv.*, t. 1, n° 308.

[56] Le verdict, en effet, c'est le jugement même, s'il y a déclaration de non-culpabilité, la partie la plus importante du jugement, s'il y a déclaration de culpabilité. Il est vrai que le verdict ne tranche pas la question de dommages-intérêts, question réservée à la cour qui doit rendre arrêt sur ce point. D'où certains auteurs (Trébutien, *op. cit.*, p. 450 et 457; Sourdat, *op. cit.*, t. 1, n° 327) ont conclu que la partie civile avait le droit de se désister, en cour d'assises, après la déclaration du jury, et même après l'ordonnance d'acquittement, qui ne sont pas des jugements au sens strict du mot. Mais c'est attacher trop d'importance à une expression qui est, ici, prise dans sa signification générale. Le but de la loi, en n'autorisant pas le désistement après le jugement, a été de ne pas permettre à la partie lésée de se dérober après la décision qui lui donne tort. Comment l'autoriser, dès lors, à se désister après le verdict du jury?

[57] Voy. Carnot, *Cod. instr. cr.*, art. 66, n°s 6 et suiv.

[58] D'autant plus, que l'article 5 du titre III, de l'ordonnance de 1670, qui contenait la même formule, était interprété de cette manière. Voy. Rousseaud de La Combe, *Matières crim.*, 3e part., chap. 1, p. 242.

[59] Cfr. Cass., 19 févr. 1887 (D. 87. 1. 512).

Digitized by Google

les mains de l'officier de police qui l'a reçu, sans qu'aucune poursuite ait été commencée, le désistement résulte d'une simple déclaration, soit par lettre, soit par procès-verbal dressé par l'officier de police et signé par la partie. Si la poursuite est engagée, le désistement doit être fait par acte d'huissier, signifié au prévenu [60] et au procureur de la République : l'un et l'autre, en effet, ont intérêt à le connaître [61].

Dans tous les cas, la volonté d'abandonner l'instance ne se présumant pas, le fait, par la partie civile, de ne pas se présenter, à l'audience, au jour fixé, ne saurait être considéré comme équivalent à un désistement [62]. Le tribunal rendra, dans ce cas, un jugement de défaut-congé. Mais s'il avait procédé par un jugement de radiation, cette décision n'empêcherait pas la partie civile de ressaisir la juridiction répressive.

198. Quels sont les effets du désistement? Pour examiner cette difficile question, il faut séparer le désistement régulier, celui qui est intervenu dans les vingt-quatre heures, du désistement irrégulier, intervenu, après ce délai.

C'est là une distinction, à laquelle la loi paraît s'attacher, et dont on ne semble pas tenir un compte suffisant dans la pratique [63].

I. Le *désistement régulier*, c'est-à-dire celui qui a eu lieu avant l'expiration du délai donné par la loi à la réflexion, paraît être un *droit* pour la partie civile, ce désistement n'a donc pas besoin d'être accepté, il s'impose [64]. Par ce carac-

[60] Au prévenu seulement, si l'instance n'est pas encore liée lors du désistement.

[61] Voy. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 4, n° 1741; Le Sellyer, *Exercice et extinction des actions*, t. 1, n° 300. Comp. Dijon, 15 janv. 1873 (D. 74. 2. 92).

[62] Cass., 6 juill. 1878 (S. 78. 1. 486); 12 mai 1893 (*B. cr.*, n° 124).

[63] Ordinairement, en pratique, lorsqu'un tribunal correctionnel est saisi par voie de citation directe de la partie lésée, le désistement amène une radiation de l'affaire, après un donné acte.

[64] *Sic*, Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 4, n° 1744. Voy. notamment Cass., 17 nov. 1905 (Lapierre c. Destruels) : « Attendu qu'en matière criminelle,

Digitized by Google

tère, cet acte diffère, soit du désistement ouvert devant les juridictions civiles (C. proc. civ., art. 402 et 403), soit du désistement irrégulier, c'est-à-dire fait en dehors du délai légal, devant les juridictions répressives [65].

On dit que le désistement régulier anéantit la constitution de partie civile et efface, par suite, les effets que cet acte avait produits. Mais ceci n'est vrai que sous certaines réserves. Il faut examiner les conséquences du désistement, quant aux frais, quant à la responsabilité civile ou pénale, quant aux actions civile et publique.

a) Les effets du désistement régulier, quant aux *frais*, sont réglés par l'article 66, aux termes duquel, les plaignants, dans le cas de désistement, « ne sont pas tenus des frais depuis qu'il aura été signifié ». Ils restent donc tenus des frais *antérieurs*. J'en conclus : 1° que tout désistement doit, pour sa régularité, être accompagné de l'offre de payer les frais déjà avancés, et pourrait être refusé, s'il ne contenait pas cette offre; 2° que, dans tous les cas, les frais même du désistement sont à la charge de la partie qui se désiste, y compris le coût du jugement ou de l'arrêt qui en donne acte [66].

b) En ce qui concerne la *responsabilité pénale* ou *civile* encourue par la partie lésée, le désistement ne l'effacerait que s'il effaçait la plainte. Or, tel n'est pas le caractère du désistement qui ne porte que sur l'action en dommages-intérêts intentée par la prétendue victime au prévenu ou à l'accusé. Aussi l'article 66 décide-t-il que les plaignants qui se désistent ne sont pas tenus des frais postérieurs, « sans préjudice néanmoins des dommages-intérêts s'il y a lieu ». Cette disposition est une innovation du Code d'instruction criminelle.

les articles 65 et 66 du Code d'instruction criminelle, qui réglementent le désistement de la partie civile, n'exigent pas, pour la validité de ce désistement, qu'il soit accepté par le prévenu... ».

[65] Mais nous avons déjà dit (note 63), que la pratique ne paraissait faire d'autre distinction entre le désistement régulier et le désistement irrégulier, qu'au point de vue fiscal des frais.

[66] Cass., 4 févr. 1848 (D. 48. 5. 101). Comp. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 4, n° 1743.

Digitized by Google

Sous l'ordonnance de 1670 (art. 5, tit. III), comme sous la loi des 16-29 septembre 1791 (art. 5, tit. V), et sous le Code du 3 brumaire an IV (art. 96), la partie civile pouvait se départir, non seulement de sa constitution, mais encore de sa plainte, ce qui effaçait rétroactivement cet acte. Le Code de 1808 adopte la solution contraire, plus logique et certainement plus équitable, car s'il est juste de permettre à la partie lésée de renoncer à son action en dommages-intérêts, il ne le serait pas de lui permettre de faire tenir fictivement pour non avenu, un acte qui a été réellement fait, et qui, malgré tout désistement, a pu produire des résultats fâcheux et dommageables pour le prévenu. En conséquence : 1° La loi maintient, au profit de celui-ci, le droit éventuel de réclamer des dommages-intérêts à la partie civile qui s'est désistée; mais comme le plaignant n'est plus au procès, il ne peut être condamné par la juridiction qui acquitte ou absout le prévenu ou l'accusé[67]; c'est donc devant le tribunal civil que devra être ultérieurement formulée la demande; 2° Mais le prévenu, le désistement fût-il régulier, c'est-à-dire fait dans les vingt-quatre heures, a le droit de s'opposer à ce qu'il en soit donné acte, avant que le tribunal de répression, encore saisi, ne lui ait accordé la réparation à laquelle il a droit si la plainte est téméraire[68]; 3° Bien que la loi ne parle pas de la responsabilité pénale, il est incontestable qu'elle subsiste, malgré le désistement, s'il y a eu plainte reconnue calomnieuse.

c) Le désistement de la partie lésée a-t-il quelque influence sur l'*action publique?* Pour résoudre cette question, il faut soigneusement distinguer l'*action* et l'*instance*. 1° Sur le droit du ministère public de poursuivre, malgré le désistement, aucun

[67] On ne peut, en effet, comdamner, même par défaut, une personne qui n'a pas été mise en demeure de se défendre. L'article 358 du Code d'instruction criminelle soulève, du reste, à ce point de vue, des difficultés particulières. Nous les examinerons à propos des demandes formées contre les dénonciateurs après acquittement en cour d'assises.

[68] Voy. Cass. crim., 5 févr. 1891 (*B. cr.*, n° 27). Comp. Trib. corr. de Versailles, 30 déc. 1890 (*Gaz. des Trib.*, n° du 28 janv. 1891).

Digitized by Google

doute ne s'élève : l'action publique et l'action civile sont, en effet, indépendantes l'une de l'autre. « La renonciation à l'action civile, porte l'article 4 du Code d'instruction criminelle, ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique », et l'article 2046 du Code civil ajoute : « On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit : la transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public ». Il en était autrement sous l'empire de l'ordonnance de 1670 (art. 19, tit. XXV), d'après laquelle le désistement, intervenu sur un délit privé, faisait cesser la poursuite de la partie publique. Mais la même règle ne devrait-elle pas être admise à propos des délits dont la poursuite est, aujourd'hui, subordonnée au dépôt préalable d'une plainte : le désistement de la partie lésée n'a-t-il pas pour effet d'arrêter, dans ce cas, mais dans ce cas seulement, l'exercice de l'action publique? C'est une question que nous avons déjà examinée et résolue. 2° Le désistement de la partie lésée porte tout au moins sur l'instance, et le tribunal, dès qu'il se produit, est dessaisi de l'action en dommages-intérêts : est-il, en même temps, dessaisi de l'instance sur l'action publique? Un point bien certain, c'est que la juridiction répressive reste saisie de l'action publique, lorsque la partie lésée a mis en mouvement le juge d'instruction par une plainte contenant constitution de partie civile, ou qu'elle a cité directement le prévenu devant le tribunal correctionnel ou de police, ou qu'elle est intervenue devant la cour d'assises[69]. Mais la situation suivante se présentera souvent : un individu aura cité directement un prévenu devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police; et, le jour où l'affaire sera appelée, il annoncera qu'il s'est désisté et en demandera acte. Si le ministère public, présent à l'audience, insiste pour que l'affaire soit jugée au point de vue de l'action publique, mise en mouvement par la citation directe, le tribunal doit statuer; mais s'il accepte le désistement ou se tait, le tribunal ne peut-il pas prononcer la radiation de l'affaire? Il faut remarquer que l'action publique

[69] Voy. Cass., 11 août 1881 (S. 82. 1. 143).

Digitized by Google

n'est portée devant le tribunal qu'accessoirement à l'action civile, et parce que le tribunal ne peut juger l'action civile s'il ne juge, en même temps, l'action publique. Dans ces conditions, le retrait de la citation, auquel consent, au moins par son silence, le ministère public, autorise la radiation de l'affaire. Ce retrait constitue, en effet, un abandon de la citation et sa mise à néant. Au contraire, si le désistement se produit au cours des débats, alors que la citation a produit son double effet au point de vue de la saisine et a mis en mouvement le procès pénal et le procès civil, il est trop tard pour revenir en arrière : l'instance civile est abandonnée, mais l'instance pénale subsiste et doit être nécessairement vidée par un jugement. Dans le cas où l'action civile survit à l'action publique, comme dans celui d'une cassation après pourvoi de la partie civile seule, à la suite d'un arrêt de relaxe, le désistement de l'action civile dessaisit les juges d'une manière absolue.

d) On peut se demander enfin quels sont les effets du désistement quant à l'exercice de l'*action civile*. Les uns le limitent à l'extinction de la procédure et considèrent que la partie civile peut, malgré son désistement, exercer de nouveau son action en dommages-intérêts [70]. D'autres pensent que le désistement éteint l'action civile d'une manière complète, et vaut renonciation définitive à cette action, qui ne peut plus être reprise devant aucune juridiction, tant civile que criminelle [71]. D'autres enfin adoptent une solution moyenne, d'après laquelle le désistement éteint l'instance pendante, et aussi le droit de se porter désormais partie civile devant la juridiction répressive, mais non celui d'exercer l'action en dommages-intérêts devant la juridiction civile [72]. Le point de départ de toute discussion, c'est que le désistement ne porte

[70] Le Sellyer, *op. cit.*, t. 1, nos 432 et 433; Mangin, *De l'instruction écrite*, no 68; de Panthou, *Du désistement de la partie civile devant la juridiction répressive* (*Rev. prat.*, 1859, t. 8, p. 367).

[71] Carnot, *op. cit.*, sur l'article 66, no 18; Boitard, *Leçons de droit crim.*, p. 256.

[72] Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 4, nos 1743 et suiv. Voy. également : Gréau, *Étude sur la responsabilité civile en matière pénale*, p. 356.

Digitized by Google

que sur l'*instance*. C'est le caractère même que donne au désistement l'article 403 du Code de procédure civile. Ceci posé, deux situations sont possibles et ne doivent pas être assimilées. Supposons d'abord que la partie civile, après s'être constituée devant le juge d'instruction ou la chambre des mises en accusation, se soit désistée : son action ne peut être compromise par cet acte, car elle a simplement renoncé à suivre l'information et à la contrôler. Mais si l'instruction se termine par un renvoi devant la juridiction de jugement, la constitution de partie civile pourra être renouvelée, dans la procédure de jugement, soit devant la cour d'assises, soit devant le tribunal correctionnel. Si l'instruction se termine par une ordonnance ou un arrêt de non-lieu, et qu'il y ait, plus tard, *reprise de l'instruction sur charges nouvelles*, à la requête du ministère public, la constitution de partie civile pourra se renouveler encore, car aucun obstacle de droit ou de fait ne paraît s'opposer à la reprise de l'action dans une instance autre que celle dans laquelle et pour laquelle est intervenu le désistement. Supposons, au contraire, que la partie lésée se désiste devant la juridiction de jugement : il est d'abord certain que la partie lésée aura perdu le droit d'agir au criminel, puisque l'instance engagée devant la juridiction de répression à laquelle elle a renoncé ne peut être renouvelée, l'action publique étant épuisée. Mais la partie lésée conservera-t-elle le droit d'agir en dommages-intérêts devant la juridiction civile ? Certes, on ne pourra lui opposer son désistement seul comme fin de non-recevoir, puisque le désistement n'est pas un *abandon de l'action*, mais un *abandon de l'instance*. Seulement, en optant d'abord pour la juridiction répressive, la partie lésée ne s'est-elle pas enlevé le droit de revenir à la juridiction civile ? La solution de la question dépend du parti que l'on prend sur la portée de la règle : *una via electa non datur recursus ad alteram*. Étant admis, comme nous l'avons dit, que cette règle ne fait pas obstacle au passage de la voie criminelle à la voie civile, le désistement ne saurait produire l'extinction de l'action. Et il n'est pas nécessaire qu'on ait, par des réserves expresses, limité à l'instance l'effet extinctif

Digitized by Google

du désistement, car des réserves ne peuvent donner, à celui qui les a faites, un droit qu'il n'a point déjà; elles ne peuvent augmenter les effets de l'acte qu'on accomplit. De deux choses l'une : ou le désistement éteint l'action, et alors des réserves ne sauraient limiter son effet à l'instance; ou le désistement éteint l'instance, et des réserves seraient inutiles et inopérantes.

II. Après l'expiration du délai de vingt-quatre heures, il reste à la partie civile le droit qui appartient, dans la procédure ordinaire, à tout demandeur : celui de mettre fin à l'instance en y renonçant avec le consentement du défendeur (C. proc. civ., art. 402 et 403). Mais le désistement change alors de caractère : il cesse d'être une faveur de la loi, pour devenir un *contrat judiciaire*[73]. D'où il suit : 1° Que s'il est accepté sans réserves par le prévenu ou l'accusé, il produit tous les effets, mais ne produit que les effets du désistement intervenu dans le délai légal; 2° Que l'accusé ou le prévenu peut mettre à son acceptation telles réserves ou telles conditions qui lui conviennent, de sorte que les effets du désistement pourraient être étendus ou restreints par la libre volonté des parties. Nous sortons, en effet, du domaine de la loi dont les dispositions sont inflexibles pour entrer dans le domaine de la convention, qui se prête à toutes les combinaisons; 3° Que la partie civile est responsable envers l'État de tous les frais, même de ceux postérieurs à son désistement, sauf son recours contre le prévenu condamné[74].

III. Le désistement de la partie civile peut être subordonné à l'accomplissement d'une condition, expressément ou implicitement exprimée, de telle sorte que si la condition à laquelle

[73] La jurisprudence et la doctrine ne font pas cette distinction qui me paraît résulter de l'économie même de l'article 66. On admet généralement que le désistement en matière criminelle n'a pas besoin d'être accepté. Voy. la note suivante.

[74] C'est là une des conséquences de l'irrégularité du désistement. Pour certains, c'est même la seule. On admet généralement, en effet, contrairement au système de la loi, que la disposition de l'article 66, qui fixe à vingt-quatre heures le délai dans lequel la partie civile peut se désister, est purement fiscale et n'a d'effet qu'en ce qui concerne les frais.

Digitized by Google

le désistement était subordonné ne s'accomplit pas, la partie civile conserve le droit d'agir devant la juridiction répressive. Cette règle est particulière au désistement devant les tribunaux de répression, car, devant les tribunaux civils, le désistement doit être pur et simple. Elle résulte du caractère même de ce désistement qui est un droit, s'il est régulier, un contrat, s'il est irrégulier[75].

IV. Le désistement est de nature à se produire en tout état de cause et tant qu'il y a une instance, non terminée par jugement définitif; il peut donc intervenir après l'exercice, par la partie civile, d'une *voie de recours* : c'est un désistement d'opposition à un jugement de défaut, d'appel, de pourvoi en cassation. Le désistement, qu'il soit régulier ou qu'il soit irrégulier, produit, dans ce cas, tous les effets d'un acquiescement à la décision rendue, c'est-à-dire qu'il n'est plus permis à la partie lésée, fût-elle encore dans les délais, de reprendre ou de former à nouveau le recours dont elle s'est désistée. On peut discuter sur le caractère du désistement qui a lieu en cours d'instance; mais la partie civile qui se désiste du recours qu'elle a formé ne le fait que parce qu'elle accepte la décision contre laquelle elle s'était pourvue.

§ XXXII. — DE L'EXERCICE DE L'ACTION CIVILE DEVANT LA JURIDICTION CIVILE.

199. L'action civile peut être portée devant les juridictions ordinaires. Elle doit même l'être quelquefois. De l'influence réciproque des deux instances et des deux jugements. — **200.** Première hypothèse. Cas où l'action civile a été définitivement jugée par les tribunaux ordinaires avant l'exercice de l'action publique. Indépendance des deux actions. — **201.** Seconde hypothèse. Cas où l'action publique a été définitivement jugée par les tribunaux de répression avant l'exercice de l'action civile. Force de chose jugée absolue de la décision rendue par les tribunaux de répression. — **202.** Troisième hypothèse. Cas où l'action publique est intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile. Le criminel tient alors le

[75] Voy. Cass., 9 mai 1890 (S. 91. 1. 359; D. 90. 1. 456). Comp. Rauter, *Traité théor. et prat. du droit criminel*, t. 2, n° 685. Encore une fois, la jurisprudence applique cette théorie à tout désistement devant les tribunaux de répression, qu'il soit régulier ou irrégulier.

Digitized by Google

civil en état. Double motif de cette règle. Principe supérieur qu'elle suppose. Division de son étude. — **203.** Conditions d'application de la règle. Il faut que les deux actions naissent du même fait et que l'action publique ait été intentée. — **204.** Si le concours de ces deux conditions est nécessaire, il est suffisant. — **205.** L'action civile reprend son indépendance, lorsqu'il a été prononcé « définitivement » sur l'action publique, c'est-à-dire au jour où la décision criminelle a force de chose jugée. Distinction entre la force de chose jugée et la force exécutoire. De l'effet, au point de vue du sursis, des arrêts de contumace, des jugements ou arrêts par défaut non signifiés, des ordonnances de non-lieu. — **206.** Caractère d'ordre public de la règle : « Le criminel tient le civil en état ».

199. L'action civile peut toujours et doit même quelquefois, par exemple si l'action publique est éteinte par le décès ou l'amnistie, être portée devant la *juridiction civile*, c'est-à-dire devant la juridiction normalement compétente, suivant les cas et les chiffres réclamés, pour connaître d'une action en dommages-intérêts[1]. Pour l'*intenter*, comme pour l'*exercer* jusqu'au bout, la partie lésée se conformera aux règles tracées par le Code de procédure civile. Nous n'aurions rien de plus à ajouter, si les deux actions qui naissent de l'infraction, exercées alors *séparément*, l'action privée, devant la juridiction civile, l'action publique, devant la juridiction répressive, restaient sans influence l'une sur l'autre. Mais il n'en est pas toujours ainsi. Les rapports qui existent entre l'action publique et l'action civile, se font sentir, même lorsque l'action civile est exercée devant les tribunaux civils. Pour les préciser, nous avons à distinguer trois hypothèses, qui comprennent tous les cas possibles.

200. L'exercice de l'action civile s'est terminé devant les tribunaux civils avant que l'action publique ait été intentée. C'est la première hypothèse. En ce cas, l'action civile a été exercée et jugée suivant le droit commun des autres actions privées. Le caractère délictueux du fait dont elle résulte, n'a pu modifier ni la compétence ni la procédure; il n'a eu d'influence que sur le délai de la prescription. Mais on peut

§ XXXII. [1] Le tribunal civil, le tribunal de commerce, le juge de paix. Comp. Cass., 26 mai 1869 (S. 69. 1. 430); Bordeaux, 26 févr. 1884 (S. 84. 2. 142).

Digitized by Google

se demander si les tribunaux de répression doivent tenir compte de la décision des juridictions civiles rendues sur les deux questions communes à l'action publique et à l'action civile : l'existence du délit, l'imputabilité de l'auteur. A cet égard, le jugement sur l'action civile n'a aucune force légale et obligatoire de chose jugée sur le procès pénal. La juridiction répressive reste libre d'apprécier le fait d'une manière différente, de condamner, par exemple, à une peine celui qui a été déclaré, par la juridiction civile, n'être pas l'auteur du fait dommageable. La seule exception à cette liberté de jugement résulte de l'existence des *questions* ou *exceptions préjudicielles*.

201. L'exercice de l'action civile a commencé devant les tribunaux civils après le jugement définitif de l'action publique. C'est la seconde hypothèse. Cette situation ne fait pas obstacle à la mise en mouvement du procès en dommages-intérêts. Toute la question est de savoir si le jugement pénal, dans lequel la victime du délit n'a pas été partie, a une influence nécessaire sur le jugement à rendre par le tribunal civil. Une jurisprudence, aujourd'hui séculaire, reconnaît à la chose jugée au criminel une autorité absolue, indépendante des personnes qui ont figuré dans l'instance pénale.

202. L'action publique est intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile. C'est la troisième et dernière hypothèse. Dans le cas où l'action civile est poursuivie séparément devant les tribunaux civils, l'exercice en est suspendu, tant qu'il n'a pas été statué définitivement sur l'action publique, intentée, devant les tribunaux de répression, avant ou pendant les poursuites de l'action civile (C. instr. crim., art. 3, § 2). C'est la règle que l'on exprime par cette ancienne formule : *Le criminel tient le civil en état*. On donne, de cette obligation, pour les tribunaux civils, de surseoir au jugement, deux motifs. D'une part, la loi veut protéger le débat criminel contre les préventions de fait, que pourraient laisser, dans l'esprit des juges appelés à statuer sur le procès pénal, la

Digitized by Google

décision rendue par le tribunal civil. Elle veut, d'autre part, faire réfléchir sur le débat civil les lumières qui auront jailli de l'instruction criminelle, et éviter ainsi que deux juridictions, saisies de deux actions, distinctes sans doute par leur objet, mais nées cependant du même fait, ne prononcent des jugements contradictoires. Ce but ne serait certes pas atteint, si la décision criminelle devait rester sans influence sur la juridiction civile : aussi peut-on légitimement conclure de l'article 3 du Code d'instruction criminelle que la loi n'ordonne aux tribunaux civils de surseoir à statuer sur l'action privée, que parce que le jugement criminel doit avoir, à l'égard de cette action, l'autorité de la chose jugée sur les points qui sont communs à l'action publique et à l'action civile. C'est là, pour nous, le principal motif de l'article 3 : il le justifie, en limite la portée et en indique le caractère. En effet, de ce que le jugement de l'action publique exerce une influence souveraine sur le sort de l'action civile, née du même fait et non encore jugée, il en résulte que la première est *préjudicielle* à l'autre, toutes les fois que les deux actions sont poursuivies séparément. La loi aurait pu et aurait dû, peut-être, pour éviter des contradictions qui ébranlent le respect attaché à la chose jugée, en tirant la conséquence directe des principes qui régissent les rapports de l'action publique et de l'action civile, donner à la première un caractère préjudiciel à l'*exercice* même de la seconde. Elle ne l'a pas fait, sans doute, pour ne pas subordonner la réparation du délit à la répression, et l'action de la partie lésée à celle du ministère public. Mais elle a, tout au moins, déclaré l'action publique préjudicielle au *jugement* de l'action civile, en ce sens que, dans le cas où la première est intentée, avant ou pendant la poursuite de la seconde, le procès civil reste en suspens jusqu'à ce qu'il soit définitivement prononcé sur le procès pénal.

Si le criminel tient le civil en état, c'est donc comme corollaire et conséquence d'un principe primordial que la loi n'a pas cru devoir formuler parce qu'il s'imposait. Il n'est autre que celui « du règlement des attributions entre les divers ordres de juridictions, de la mission spéciale et exclusive

Digitized by Google

attribuée à chacune d'elles relativement à certaines questions, et de la limite qu'elles sont tenues, par conséquent, entre elles, de respecter, sous peine de commettre un excès de pouvoir[2] ». La juridiction pénale est subordonnée à la décision d'autres juridictions, pour toutes les questions dont la solution lui est indispensable avant qu'elle puisse juger, et devant lesquelles cependant elle est obligée de s'arrêter pour en renvoyer la connaissance à une autre autorité exclusivement compétente. On dit alors qu'il y a *question préjudicielle*. Hors de là, l'action publique doit être jugée librement et indépendamment des décisions qui auraient pu être rendues par d'autres juridictions à l'occasion des faits mêmes du procès pénal. Mais la juridiction civile, indépendante, en règle générale, des décisions de la justice pénale, doit lui être subordonnée pour ce qui regarde le jugement de la culpabilité ou de la non-culpabilité de l'accusé. L'acte, de quelque autorité qu'il émanât, qui s'élèverait en contradicteur du jugement pénal, quant à la culpabilité ou la non-culpabilité déclarée, constituerait un excès de pouvoir. C'est la conséquence de cette idée que les tribunaux de répression, procédant avec les formes et les garanties particulières aux procès criminels, sont les seuls compétents pour rendre de telles décisions. La règle : *Le criminel tient le civil en état*, s'explique alors tout naturellement comme ayant pour but d'éviter, à l'avance, une contrariété de décisions possible si chaque juridiction se prononçait distinctement et librement.

Ce point de vue domine, pour nous, la théorie même de l'article 3, et nous devons en faire remarquer les conséquences, en précisant : 1° les conditions; 2° les effets; 3° les limites; 4° et le caractère de la règle : *Le criminel tient le civil en état.*

203. Il faut, pour que l'exercice de l'action civile soit suspendu jusqu'au jugement définitif de l'action publique, que les deux actions *naissent du même fait*, et que l'action publique ait été *intentée*[3].

[2] J'emprunte cette formule à Ortolan, *op. cit.*, t. 2, n° 2134.

[3] Sur le principe : Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 2, n° 962 ; Hoffman, t. 1, n° 191.

Digitized by Google

I. La première condition est évidente, aussi n'a-t-elle pas été formulée par la loi : car si l'action publique, portée devant la juridiction répressive, et l'action privée, pendante devant la juridiction civile, dérivent de faits distincts, le jugement de l'action publique ne peut exercer, sur l'action privée, cette influence nécessaire et forcée que l'on veut protéger. Ainsi des poursuites en faux témoignage, dirigées par le ministère public contre des témoins qui ont déposé dans une enquête civile, ne sont pas de nature à autoriser un sursis au jugement du procès qui a donné lieu à cette enquête[4].

II. La seconde condition est expressément formulée par le texte : il est donc certain que les juridictions civiles ne doivent et ne peuvent surseoir à statuer sur l'action civile que si l'action publique est *intentée*, ou plutôt mise en mouvement, c'est-à-dire si le prévenu est traduit directement devant le tribunal correctionnel ou de police, ou si une instruction préparatoire est provoquée contre lui, soit par le ministère public, soit par la partie lésée[5]. Mais l'action civile conserve sa pleine indépendance, aussi bien dans le cas où des démarches auraient été faites pour amener des poursuites, par exemple s'il y avait eu dépôt d'une plainte ou d'une dénonciation[6], que dans le cas où le ministère public aurait expressément manifesté l'intention de poursuivre, par exemple en faisant des réserves ou en

[4] Cass., 22 nov. 1815 et 5 janv. 1822, arrêts cités par Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 165. Voy. pour d'autres applications : Cass., 29 janv. 1877 (S. 78. 1. 318) ; 9 févr. 1864 (S. 64. 1. 107).

[5] Le texte ne distingue pas entre le cas où l'action publique est intentée par le ministère public et le cas où elle est mise en mouvement par la partie lésée. Cependant, cette distinction est faite par la jurisprudence : on admet, en effet que l'action correctionnelle intentée par la partie civile ne fait pas obstacle à ce que le procès civil soit jugé. Comp. Bourges, 4 mars 1873 (S. 74. 2. 311; D. 73. 2. 51); Mangin, *op. cit.*, t. 1, n° 163. Sans doute, la partie lésée, qui a saisi de son action le tribunal civil, ne peut plus la porter devant le tribunal de répression ; *electa una via*... ; mais c'est au tribunal de répression qu'il appartient d'examiner la fin de non recevoir résultant de l'option définitive faite par la partie lésée entre la voie civile et la voie criminelle. Provisoirement, et tant que le tribunal de répression ne s'est pas dessaisi, le tribunal civil doit surseoir à statuer.

[6] *Sic*, Cass., 5 févr. 1868 (S. 68. 1. 454; D. 68. 1. 454).

Digitized by Google

donnant un certificat à la partie civile[7]. Les articles 239 et 240 du Code de procédure civile, rappelés par l'article 460 du Code d'instruction criminelle, paraissent, il est vrai, apporter une restriction à cette règle en matière de faux. Mais il a été jugé que, même en cette matière, le sursis ne peut être prononcé au cas où, nulle poursuite criminelle n'ayant été intentée, le sursis n'a été demandé, ni par les parties, ni par le ministère public[8].

204. Le concours de ces deux conditions est nécessaire mais suffisant : quelles que soient donc les *personnes* contre lesquelles l'action publique est dirigée, quel que soit l'*objet* de cette action, le sursis, en cas de poursuite répressive, doit être prononcé d'office par la juridiction civile, à peine de nullité de la procédure qui suivrait le jour où l'action publique aurait été intentée. Il existe, par conséquent, deux solutions qui sont hors de toute controverse, à savoir : 1° que la règle du sursis s'applique à l'action civile tout entière, à ses deux chefs, les restitutions et les dommages-intérêts ; 2° qu'elle s'applique, quelles que soient les personnes contre lesquelles l'action civile est dirigée, les personnes civilement responsables, comme les auteurs mêmes ou les complices de l'infraction. L'article 3 suspend, en effet, l'exercice de l'*action civile* dans toute sa plénitude, sans aucune réserve ni restriction.

Mais la règle du sursis s'applique-t-elle à d'autres actions que l'action civile proprement dite? Le texte, sans doute, ne parle que de celle-ci, mais les motifs mêmes qui ont inspiré l'article 3 commandent aux tribunaux civils ou de commerce

[7] Pour le cas où l'action publique a été simplement *réservée :* Cass., 9 févr. 1864 (S. 64. 1. 107).

[8] Cass., 3 janv. 1872 (S. 72. 1. 270), et les conclusions de M. Reverchon. Comp. Cass., 5 mars 1867 (S. 67. 1. 208); 29 avr. 1874 (D. 74. 1. 333). Voy. Cass. req., 3 déc. 1900 (S. 1904. 1. 10) : « Attendu que si cet article (art. 3, C. instr. crim.) veut qu'il soit sursis à l'exercice de l'action civile, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile, il implique qu'il n'y a lieu de prononcer le sursis que quand il est établi, par la personne qui le demande, qu'il existe une action publique régulièrement intentée ».

Digitized by Google

de surseoir à statuer, en cas de poursuite d'un fait délictueux, sur toutes les actions qui naissent de ce fait, alors même qu'elles auraient un autre objet que des dommages-intérêts. Il y a, en réalité, parallélisme d'application et d'étendue entre deux règles : celle qui oblige les tribunaux civils à ne pas se mettre en contradiction avec ce qui a été souverainement jugé par les tribunaux de répression sur l'existence du fait et la culpabilité de l'agent; et celle qui les oblige à suspendre l'examen du procès civil quand l'action publique est intentée. La répartition de la compétence entre la juridiction civile et la juridiction pénale impose à la première la nécessité du sursis, toutes les fois que le jugement à rendre par la seconde peut avoir force de chose jugée vis-à-vis de l'autre. L'ancien article 235 du Code civil servait, à la fois, de preuve et d'application de cette idée, lorsqu'il édictait que « si quelques-uns des faits allégués par l'époux demandeur (en divorce) donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, l'action en divorce restera suspendue jusqu'après la décision de la juridiction répressive; alors elle pourra être reprise sans qu'il soit permis d'inférer de cette décision aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle contre l'époux demandeur ». Cette disposition, maintenue par la loi du 27 juillet 1884 sur le divorce[9], a disparu, sans qu'on ait donné d'explication à ce sujet, dans le remaniement qu'a fait subir à ce texte la loi sur la procédure du divorce du 18 avril 1886. Par conséquent, la question de savoir si l'action en séparation de corps ou en divorce, fondée sur une infraction reprochée par le demandeur à son conjoint, par exemple sur un fait d'adultère, sur des coups ou des blessures, est arrêtée par application de la règle : *Le criminel tient le civil en état,* dépend de la portée du principe de l'article 3, combiné avec l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil.

Si l'on admet, avec nous, que les tribunaux civils doivent

[9] L'ancien article 235 avait eu deux rédactions successives : celle de 1804, celle de la loi du 27 juillet 1886. C'est cette dernière rédaction que nous avons rapportée au texte.

Digitized by Google

tenir pour constants ce qui a été décidé par les tribunaux de répression sur l'existence du délit et la culpabilité du délinquant, et que, maîtres d'apprécier, en elles-mêmes, les questions civiles qui leur sont dévolues, ils ne peuvent pas le faire en se posant en contradicteurs du juge pénal, il en résulte que l'instance en séparation de corps ou en divorce, fondée sur des faits qui donnent lieu à une poursuite criminelle, doit être suspendue en vertu des principes généraux dont l'article 235 du Code civil faisait simplement l'application [10].

En résumé, il doit y avoir, pour justifier le sursis, identité des faits servant de base aux deux actions, l'action publique et l'action civile, concurremment exercées; mais cette condition suffit lorsque les deux juridictions sont saisies à des fins différentes, si, à raison de l'identité des faits, la décision rendue par la juridiction pénale est de nature à exercer une influence sur la décision à rendre par la juridiction civile [11].

205. L'action civile reprend son indépendance, lorsqu'il a été prononcé « définitivement sur l'action publique »; et le jugement ou l'arrêt, qui statue sur le procès pénal, doit être considéré comme définitif, lorsqu'il a acquis l'autorité de la chose jugée, quand même cette autorité n'est que provisoire. Ceci a besoin d'explication. Remarquons, en effet, qu'une décision sur l'action publique peut être prise, soit par une juridiction d'*instruction*, soit par une juridiction de *jugement*. Un jugement ou un arrêt *irrévocable* des juridictions de jugement, acquittant ou condamnant le prévenu ou l'accusé, mettra certainement un terme au sursis. Mais, une ordonnance ou un arrêt de non-lieu rendu par une juridiction d'instruction, un arrêt de contumace prononcé par une cour

[10] Mais il n'y a pas lieu de surseoir à statuer sur une demande en divorce, justifiée en dehors des témoignages recueillis au cours de l'enquête, à raison de ce que le défendeur aurait porté contre certains témoins une plainte dont le résultat, quel qu'il puisse être, ne doit avoir aucune influence sur la solution du procès : Cass., 11 juill. 1888 (S. 90. 1. 530).

[11] Voy. cette formule employée dans l'arrêt de la Cour de Rennes du 22 juill. 1880 (S. 82. 2. 133). Application intéressante.

Digitized by Google

d'assises, un jugement ou un arrêt par défaut non signifié à personne, auraient-ils le même effet? Ces décisions n'*épuisent pas* la poursuite, qui peut toujours être reprise, dans le premier cas, s'il survient de nouvelles charges, dans le second, si le condamné se représente ou est arrêté, dans le troisième, en cas d'opposition de sa part. Mais cette possibilité d'une reprise d'action ne fera pas obstacle à l'exercice de l'action civile. Une solution contraire conduirait à prolonger le sursis, tant que durerait la menace de nouvelles poursuites, c'est-à-dire pendant tout le délai de la prescription de l'action publique : or, l'action civile, se prescrivant par le même laps de temps que l'action publique, il en résulterait que l'action civile serait éteinte, le jour seulement où elle pourrait s'exercer utilement[12].

Juridiquement, du reste, les sentences, qui produisent provisoirement la chose jugée, sont, en réalité, affectées, non d'une condition suspensive mais d'une *condition résolutoire*, et, comme tout titre subordonné à une condition de cette espèce, elles produisent, *pendente conditione*, tous les effets d'une sentence irrévocable[13].

C'est là une notion essentielle, que nous retrouverons et développerons plus loin à propos de l'autorité de la chose jugée. En effet, la condition de l'*irrévocabilité* d'une décision judiciaire ne doit être prise, au point de vue, soit de la cessa-

[12] Ce motif ne serait peut-être pas déterminant. Ne pourrait-on pas dire, en effet, dans ce cas, que l'action civile, engagée devant le tribunal, est, par cela même, conservée, par application de l'adage : *actiones quæ tempore pereunt semel inclusæ judicio salvæ permanent?* C'est un point que je ne veux pas examiner. Dans tous les cas, ce serait prolonger indéfiniment le sursis, que d'astreindre le tribunal à attendre qu'il n'y ait plus possibilité d'une reprise de l'action publique. La loi n'a pu vouloir ce résultat. Une solution contraire aboutirait à un véritable déni de justice. Dès que les délais ordinaires des voies de recours sont expirés, il faut considérer le procès comme terminé et lever l'obstacle opposé à l'action civile. Cependant, la cour de Caen, dans un arrêt du 19 déc. 1898 (S. 1900. 2. 97), a prolongé, à tort, le sursis après l'arrêt de contumace.

[13] Comp. Bidard, *Étude sur l'autorité au civil de la chose jugée au criminel* (Paris, 1865), p. 206.

Digitized by Google

tion du sursis, soit de l'autorité de la chose jugée, que dans un sens relatif. Il ne faut pas confondre, en effet, la force exécutoire d'une décision avec son autorité. Si toutes les décisions qui ont force exécutoire sont, en matière pénale, des décisions qui ont force de chose jugée, la proposition inverse n'est pas absolument exacte. Il y a des décisions qui n'ont pas force exécutoire, telles que les arrêts de contumace, et qui cependant ont force de chose jugée tant qu'elles subsistent[14].

206. La règle : *Le criminel tient le civil en état,* a un caractère d'ordre public, puisqu'elle a pour but de protéger la compétence respective des juridictions. Les tribunaux d'ordre civil, tribunaux de première instance, tribunaux de commerce, justices de paix, etc., doivent, en conséquence, surseoir d'office, dès qu'ils apprennent que l'action publique est intentée et, cela, à quelque moment de la procédure que ce soit, et quelle que soit l'attitude des parties. Leur droit unique est d'examiner si les éléments spéciaux de cette espèce de litispendance se rencontrent et si les conditions du sursis existent[15].

[14] Voy., sur cette distinction, la note sous un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 7 juill. 1890 (S. 91. 1. 25).

[15] Cass., 7 mai 1851 (S. 51. 1. 434); Rennes, 22 juill. 1880 (S. 82. 2. 133); Caen, 19 déc. 1898 (S. 1900. 2. 97), et la note.

Digitized by Google

Digitized by Google

TITRE III

DE L'EXTINCTION DES ACTIONS PUBLIQUE ET CIVILE

CHAPITRE PREMIER

DE L'EXTINCTION DE L'ACTION PUBLIQUE.

---

§ XXXIII. — CLASSEMENT DES CAUSES D'EXTINCTION DE L'ACTION PUBLIQUE.

207. Double classement des causes d'extinction de l'action publique. Causes naturelles. Causes politiques. Causes communes à toutes les infractions. Causes spéciales à certaines infractions. — 208. Observation générale.

207. L'action publique est éteinte par des circonstances qui en font cesser la vitalité ou la raison d'être.

I. Ces causes d'extinction sont *naturelles* ou *politiques*.

On classe, dans la catégorie des *causes naturelles*, celles qui résultent du concept même de l'action : le droit de poursuivre cesse d'exister, soit parce que sa force est épuisée, soit parce que l'objet même de la poursuite est éteint, soit parce que l'une de ses conditions disparaît. Trois circonstances produisent cet effet : la *mort* de l'inculpé ; la *chose jugée ;* le *pardon* de la partie lésée.

On classe, dans la catégorie des *causes politiques* d'extinction de l'action publique, celles qui résultent de circonstances

Digitized by Google

extrinsèques à la nature de l'action, mais qui tiennent à certaines considérations de politique criminelle, assurant, à un coupable, l'impunité. Ce sont : la *prescription*, l'*amnistie*, la *composition* intervenue entre les parties intéressées et le délinquant.

II. Les causes d'extinction de l'action publique sont, ou bien *communes* à tous les délits et, par conséquent, générales, ou bien *propres* à certains d'entre eux, et, par conséquent, spéciales.

Parmi les causes particulières, il nous suffit de mentionner la *composition* ou *transaction*, intervenue entre l'administration et le prévenu, en matière de douanes, de contributions indirectes, de régime postal et forestier, le *pardon* de la partie lésée, en matière de diffamation ou d'adultère.

Les causes *générales* d'extinction de l'action publique sont : la *mort de l'inculpé*, la *chose jugée*, l'*amnistie*, la prescription.

208. Nous n'étudierons, dans cet ouvrage, les causes d'extinction de l'action publique que par rapport à la procédure, c'est-à-dire quant à leur mise en œuvre et à leur effet[1].

§ XXXIV. — DU DÉCÈS DE L'INCULPÉ.

209. Le décès de l'inculpé éteint l'action publique. Cette règle est absolue. Elle s'applique sans exception ni réserve. — **210.** Conséquence de ce fait extinctif sur la procédure. Trois situations. Décès avant jugement. Décès après jugement, mais dans le délai des voies de recours. Décès pendant l'instance d'appel, d'opposition, de pourvoi en cassation. — **211.** Le décès du prévenu n'éteint pas l'action tendant à obtenir la confiscation de choses en délit. — **212.** Ce mode d'extinction est personnel et ne profite pas aux complices. — Exception en ce qui concerne l'adultère de la femme.

209. D'après la disposition absolue de l'article 1[er] du Code d'instruction criminelle : « L'action publique pour l'application des peines s'éteint par la mort du prévenu ». On ne fait

§ XXXIII. [1] J'ai examiné, dans mon *Traité théor. et prat. du droit pénal*, ce qui concerne le fond du droit.

Digitized by Google

pas de procès pénal au cadavre. On n'en fait pas aux héritiers[1]. Cette règle n'admet, dans le droit français, ni exception ni réserve : 1° Elle est applicable à tous les délits et pour toutes les peines. Notamment, l'action publique, confiée aux administrations fiscales, en vue de pénalités pécuniaires, amendes, confiscations, est éteinte par le décès du prévenu avant toute condamnation définitive[2]; 2° Elle est applicable devant tous les tribunaux de répression, de droit commun ou militaires[3].

210. Les conséquences de ce fait extinctif de l'action publique doivent être examinées dans les trois situations suivantes, qui épuisent tous les cas de nature à se présenter.

I. La première, et la plus simple, se présente lorsque le décès est antérieur au jugement. Si la poursuite n'est pas engagée, le ministère public ne pourrait la commencer, et, s'il le faisait, dans l'ignorance du décès, les actes de procédure, tels que citation, mandat, seraient considérés comme non avenus : les frais devraient en être supportés, sans recours, par l'État. Si la poursuite est engagée, elle doit s'arrêter, à quelque moment de la procédure qu'elle soit arrivée, et le tribunal saisi n'a qu'à rayer l'affaire, sans se prononcer sur l'action ou sur les frais qui restent à la charge de l'État. A plus forte raison, le ministère public ne peut, en cas de décès du prévenu au cours d'une instance, appeler les héritiers en cause pour les faire condamner aux frais[4]. Enfin, si le jugement a été rendu dans l'ignorance du décès, survenu antérieurement, il doit être rapporté, par le tribunal même qui l'a rendu, sur la demande des héritiers ou du ministère public[5].

§ XXXIV. [1] Voy. mon *Traité théor. et prat.*, 2e éd., t. 2, nos 522 et 523.

[2] Jurisprudence constante et ancienne. Voy. Mangin, *op. cit.*, t. 2, n° 279. Cependant Le Sellyer, *Act. pub.*, t. 1, n° 338, fait des réserves.

[3] *Sic*, Cass., 4 mai 1889 (*B. cr.*, n° 170).

[4] D'anciens arrêts ont dû le décider : Cass., 27 juill. 1834 (S. 35. 1. 75); 3 mars 1836 (S. 36. 1. 193).

[5] Il résulte de là que quand une cour d'assises a, dans l'ignorance du décès de l'accusé fugitif, prononcé contre lui un arrêt de condamnation par contumace, elle doit le rapporter dès que les parties intéressées lui en adressent la demande : Cass., 25 oct. 1821 (D. J. G., v° *Contumace*, n° 50).

Digitized by Google

II. La seconde situation est plus délicate. Le décès se produit après le jugement ou l'arrêt, mais avant l'expiration des délais de recours. Si le jugement prononce l'acquittement, le ministère public n'a certainement plus le droit de faire appel ou de se pourvoir. Son action est éteinte, et s'il fait appel ou forme un pourvoi dans l'ignorance du décès, cette procédure est considérée comme non avenue par le juge d'appel ou le juge de cassation. En cas de condamnation, le décès, survenant avant que le jugement ait acquis force de chose jugée, anéantit la procédure et le jugement, de sorte que le condamné meurt *integri status*, s'il meurt alors qu'il était dans les délais pour se pourvoir[6].

Une première conséquence de cette situation, c'est que le jugement ne peut servir de titre pour le recouvrement des *peines pécuniaires*, s'il en a été prononcé, confiscations, amendes. Les héritiers, en cas de poursuites, opposeraient, par toutes les voies de droit, notamment en faisant opposition à la contrainte ou au commandement, l'effet extinctif du décès se produisant à un moment où l'action publique n'est pas épuisée[7]. Il en serait ainsi pour les *frais*. L'exécution de la décision, même dans celui de ses chefs qui prononce la condamnation aux frais, n'est pas recevable quand le titre est non avenu[8].

[6] C'est l'affirmation très formelle de Mangin, *op. cit.*, t. 2, n° 278, p. 54. « Si le condamné s'est pourvu par les voies d'appel ou de cassation, *ou s'il est mort dans les délais que la loi lui accordait pour se pourvoir;* si le jugement enfin n'avait pas acquis l'autorité de la chose jugée, son décès anéantit la procédure et le jugement : il meurt *integri status* ».

[7] Le tribunal, saisi de la question par voie d'opposition, ne réformerait pas le jugement ou ne l'anéantirait pas : il constaterait le fait du décès avant que ce jugement ait acquis force de chose jugée, et il annulerait le commandement qui procède en vertu d'un titre sans efficacité.

[8] La question a pu faire doute. Dans sa première jurisprudence, la Cour de cassation décidait qu'en cas de décès du condamné avant qu'il ait été statué, sur le pourvoi en cassation, la Cour n'en devait pas moins statuer sur ce pourvoi. Voy. Mangin, *op. cit.*, t. 2, n° 280, p. 62 et la note du président Barris que cite cet auteur. Depuis l'arrêt du 21 juillet 1834 (S. 35. 1. 75), la Cour de cassation est revenue sur sa première jurisprudence. Elle décide, aujourd'hui, qu'en cas de décès du condamné au cours de l'instance en cas-

Digitized by Google

Mais le jugement ayant été rendu avant le décès subsiste comme un fait juridique. Les héritiers ont un intérêt moral à demander son annulation. Il s'agit peut-être d'effacer la tache que ce jugement imprime à la mémoire du défunt. Qu'ils ne puissent faire appel ou se pourvoir eux-mêmes, pour en poursuivre la réformation ou l'annulation, c'est ce qui nous semble évident. En quelle qualité, en effet, agiraient-ils? Au nom du défunt? En leur nom? Qui ne voit l'impossibilité légale d'une telle procédure? Pourraient-ils, au moins, demander, par voie de requête, au tribunal qui a rendu la décision, de la rapporter? Mais le tribunal est dessaisi puisqu'il a statué et que, en l'état, sa décision a été régulièrement rendue. Le ministère public est également sans qualité et sans droit pour faire rapporter le jugement, ou pour former une voie de recours. En sorte que, à la différence du cas où le décès est antérieur au jugement, rendu dans l'ignorance de cet événement, la condamnation subsiste, mais sans efficacité, en cas de décès du condamné survenu dans les délais du recours[9].

III. La troisième situation suppose qu'une voie de recours a été formée par le ministère public, le prévenu ou l'accusé : le décès de celui-ci survient en cours d'instance. Il n'est pas douteux que la juridiction, compétente pour statuer sur le recours, doit s'abstenir de le faire, en constatant que le décès a éteint le procès pénal sur lequel elle était appelée à se prononcer. 1° En cas d'appel, le juge d'appel déclarera que l'affaire est rayée par suite de l'extinction de l'action publique[10]; 2° En cas d'opposition, cette voie de recours anéantissant

sation, il n'y a lieu de statuer ni sur le pourvoi ni sur l'intervention des héritiers puisque la condamnation tombe même du chef des frais. Cass., 11 janv. 1860 (D. 60. 1. 200); 18 déc. 1862 (D. 63. 1. 112). Voy. Delmas, *Des frais de justice criminelle*, p. 480.

[9] C'est du moins la solution négative à laquelle je suis conduit faute de moyens de procédure appropriés.

[10] Voy. Cass., 12 juin 1886 (D. 87.1. 41). La Cour de cassation décide que lorsque l'un des prévenus est décédé au cours de l'instance d'appel, le juge d'appel doit déclarer, dans le dispositif de son arrêt, que l'action publique est éteinte à l'égard de ce prévenu.

Digitized by Google

par elle-même le jugement, le juge se borne à rétracter sa décision, sans avoir à statuer sur le bien fondé de l'opposition ; 3° L'action publique est également éteinte si le décès survient pendant l'instance devant la Cour de cassation, soit que le recours ait été formé par le condamné, soit qu'il ait été formé par le ministère public. La Cour de cassation doit rapporter son arrêt, quel qu'il soit, si elle l'a rendu dans l'ignorance du décès[11]. Elle doit ordonner la radiation de l'affaire, si la preuve du décès est rapportée[12]. C'est que le décès du condamné, durant l'instance en cassation, ayant pour effet de rendre impossible l'exécution de la décision attaquée, même dans ceux de ses chefs, qui prononcent la condamnation à l'amende et aux frais, il n'y a lieu pour la Cour de cassation de statuer ni sur le pourvoi qui avait été formé ni même sur l'intervention, inutile parce qu'irrecevable, des héritiers, si ceux-ci avaient cru devoir intervenir.

211. Mais le décès du prévenu n'éteint pas l'action publique tendant à faire prononcer, par le tribunal de répression qui a seul qualité pour le faire, la confiscation des objets en contravention, à titre de mesure de police. En effet, la confiscation qui a ce caractère peut être prononcée, même au cas où le délinquant est inconnu, à la condition que le délit soit constant.

L'article 16, § 4, de la loi du 3 mai 1844, qu'il faut appliquer, par analogie, à tous les cas, où la confiscation est demandée sans condamnation d'un délinquant, décide qu'elle sera prononcée sur le « vu du procès-verbal ». Le tribunal est donc saisi par simple réquisition du ministère public, visant la

[11] Voy. Cass., 15 sept. 1871 (D. 71. 5. 51). Il s'agissait, dans l'espèce, d'un arrêt de déchéance de pourvoi rendu dans l'ignorance du décès du demandeur en cassation. Dans une autre espèce, il s'agissait d'un arrêt de cassation rendu sur pourvoi du ministère public : Cass., 22 févr. 1890 (*B. cr.*, n° 45).

[12] Voy. les arrêts cités à la note 8. *Adde*, Cass , 21 avr. 1854 (D. 54. 1. 200); 3 août 1883 (D. 84. 1. 382) ; 3 janv. 1885 (*B. cr.*, n° 10); 22 févr. 1890 (*B. cr.*, n° 45).

Digitized by Google

preuve du délit objectif ou par requête de l'administration fiscale à laquelle la loi a délégué l'exercice de l'action publique[13].

212. Le décès de l'auteur principal d'un délit n'éteint l'action publique que vis-à-vis de ce prévenu[14]. Le complice n'est pas fondé à soutenir qu'à son égard le délit ne peut être relevé parce qu'il ne peut l'être à l'égard de l'auteur principal. La règle de la complicité, délit unique, n'est pas en contradiction avec ce résultat, pas plus que celle de l'extinction de l'action publique par le décès. Par exception, on admet généralement qu'en matière d'adultère, le décès de la femme, survenant au cours des poursuites, éteint l'action publique à l'égard du complice[15].

§ XXXV. — DE LA CHOSE JUGÉE.

213. Notion de la chose jugée. — **214.** Questions qui se posent. — **215.** Renvoi de ces questions.

213. La chose jugée, c'est le sceau de la justice imposé sur une affaire pénale terminée. L'examen de la question de savoir s'il y a chose jugée comprend : 1° la détermination des décisions qui ont force de chose jugée; 2° les effets de la chose jugée; 3° les conditions nécessaires pour que l'exception de chose jugée soit admise en cas de nouveau procès.

214. Ces notions ne doivent pas seulement être précisées dans les rapports des juridictions nationales. Il faut encore examiner l'autorité de la chose jugée par les tribunaux répressifs étrangers, soit au point de vue de l'exécution des jugements étrangers en France, soit au point de vue de l'autorité de ces

[13] Voy. mon *Traité théor. et prat. du droit pénal*, 2e éd., t. 2, n° 455.

[14] Jurisprudence constante.

[15] *Sic*, Cass., 8 juin 1872 (S. 72. 1. 346); Limoges, 23 févr. 1888 (D. 90. 2. 124). Telle est également la doctrine des auteurs, sauf Blanche (*Études sur le Code pénal*, t. 5, n° 93), qui est d'un avis opposé.

Digitized by Google

jugements comme fin de non recevoir à une nouvelle poursuite en France.

215. Mais ces divers problèmes supposent déjà résolues les questions de procédure et de voies de recours. Nous en ferons l'objet d'un chapitre spécial à la fin de cet ouvrage.

§ XXXVI. — DE L'AMNISTIE.

216. Effets de l'amnistie sur l'action et sur la condamnation.

216. L'amnistie, consistant dans l'oubli, par le pouvoir social, du fait délictueux, efface rétroactivement la condamnation, la poursuite et l'incrimination même. Ses effets doivent être examinés, soit au point de vue de l'*action*, si une condamnation définitive n'est pas intervenue quand elle est accordée, soit au point de vue de la *condamnation*, dans le cas contraire.

I. Tant que l'action publique n'a pas été épuisée par un jugement définitif, l'amnistie intervenant empêche le procès pénal ou l'arrête, à quelque période qu'il soit parvenu. Les conséquences de cette mesure sur la procédure sont identiquement les mêmes que celles produites par le décès de l'inculpé [1], du prévenu ou de l'accusé, avec cette différence toutefois qu'aucune difficulté pratique n'existe dans le cas où la loi d'amnistie est promulguée après la condamnation mais avant l'expiration du délai des voies de recours. Le bénéficiaire de la mesure et le ministère public ont le droit de demander au tribunal, qui a rendu la décision, de la rapporter, en se basant sur l'effet absolu et, par suite, rétroactif de la loi d'amnistie

II. Lorsque l'amnistie intervient après condamnation définitive, celle-ci disparaît rétroactivement avec tous ses effets et toutes ses conséquences : 1° Elle est rayée du casier judiciaire, et ne compte plus pour la récidive; 2° Les incapacités qu'elle

§ XXXVI. [1] Ainsi, par l'effet de l'amnistie, l'action des administrations fiscales est éteinte, comme l'action publique, au point de vue de la confiscation et de l'amende : Cass., 18 janv. 1902 (S. 1902. 1. 248). Conf. Dijon, 3 mai 1871 (S. 71. 2. 239).

Digitized by Google

avait entraînées disparaissent, de plein droit, avec rétroactivité, sauf respect des droits acquis aux tiers; 3° Le montant des amendes et des frais, payés par le condamné, doit lui être restitué[2]. Mais, à cet égard, la loi d'amnistie peut contenir des dispositions ou restrictions contraires[3].

§ XXXVII. — DE LA PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE.

217. Conceptions diverses de la prescription. — **218.** La prescription pénale est d'ordre public. — **219.** Renvoi à un autre ouvrage en ce qui concerne le délai, le point de départ de ce délai, le régime de l'interruption et de la suspension. — **220.** Preuve de l'accomplissement de la prescription.

217. La prescription pénale est un moyen de se libérer des

[2] La question est peu étudiée et demande quelques explications. Deux situations sont possibles : les amendes et les frais n'ont pas été recouvrés au moment où intervient l'amnistie ; les amendes et les frais ont été, au contraire, recouvrés. Dans les deux cas, ce qui fait la difficulté, c'est, d'une part, la transformation en dettes du patrimoine des peines pécuniaires par le fait de leur prononciation, et, d'autre part, le caractère de réparations civiles des frais de justice. Cependant l'amnistie faisant disparaître le délit et ses conséquences en tant que délit, doit supprimer la cause de l'amende et des frais dus à l'État et effacer rétroactivement le titre de leur perception. C'est par ce motif que les amendes et les frais ne peuvent pas être recouvrés après l'amnistie et que, s'ils ont été payés, ils peuvent être réclamés par les intéressés comme un paiement fait sans cause. Telle est la solution qui nous paraît la plus juridique. On admet généralement en pratique que les amendes ne peuvent être *recouvrées* après l'amnistie, même les amendes fiscales, à moins de réserves contraires dans la loi. Le Conseil d'État a étendu la même solution aux frais : Conseil d'État, 7 mai 1880 (D. 81. 3. 7). Mais l'Instruction générale des Finances du 5 juillet 1895, qui consacre cette règle pour les amendes non recouvrées, ne paraît pas l'appliquer aux frais de justice. Ces frais représentent, en effet, dit-on, des avances faites par le Trésor; celui-ci est, à leur égard, considéré comme un tiers, dont les droits doivent toujours être respectés, à moins d'une stipulation expresse du législateur. Dans tous les cas, on soutient que les règles de la comptabilité s'opposent à la *restitution* des amendes et des frais légalement recouvrés à l'origine. Cette prétention a été combattue par M. Batbie, rapporteur au Sénat de la loi d'amnistie du 2 avril 1878 (*Journ. off.* du 26 mars 1878, p. 3308).

[3] Voy. Lois d'amnistie du 11 juillet 1880, article unique *in fine*, du 19 juil. 1880, art. 7, du 27 déc. 1900, art. 2, nos 1 et 4, du 1er avr. 1904, art. 2. Pour la jurisprudence : Cass., 4 janv. 1901 et 1er févr. 1901 (S. 1901. 1. 208) et la note; 16 janv. 1902 (S. 1902. 1. 248).

Digitized by Google

conséquences d'une infraction ou d'une condamnation pénale, par l'effet du temps. Elle constitue ainsi un mode d'extinction commun au droit de poursuite et au droit d'exécution des condamnations pénales.

Sur le fondement de la prescription de l'action publique, deux conceptions opposées dominent l'histoire de l'institution. La première voit la raison de la prescription dans l'oubli du délit, la cessation du trouble causé par sa perpétration, et aussi dans la disparition ou l'incertitude des preuves. C'est avec ce caractère que la prescription fut organisée par notre ancienne législation criminelle : elle s'accomplissait par un délai ferme de vingt ans, sauf pour certains crimes considérés comme tellement graves qu'ils furent déclarés imprescriptibles[1]. La seconde conception voit dans la prescription du droit de poursuite une sorte de peine contre la négligence de l'accusateur. C'est d'après cette base que la législation intermédiaire fit partir la prescription du jour où les magistrats avaient eu connaissance du délit et avaient pu poursuivre, et admit, en même temps, que les diligences de l'accusation et la poursuite avant l'expiration du terme assigné à la prescription, interrompaient sa durée et donnaient un nouveau délai pour obtenir la condamnation[2].

§ XXXVII. [1] Sur cette règle que la prescription des crimes avait lieu par un délai ferme de vingt ans : Rousseaud de la Combe, *Traité des matières criminelles* (4e éd.), p. 301 et 305 ; Jousse, *Traité de la justice criminelle*, p. 580 à 586, 600 à 604. Mais nos anciens auteurs fondaient la prescription, tout à la fois, sur l'inquiétude du délinquant, équivalente à la peine, « l'insomnie de vingt ans », et sur le dépérissement des preuves. « Les raisons qui ont fait adopter ces lois en France au sujet de la prescription du crime, sont que celui qui a porté si longtemps son crime, et l'inquiétude d'être poursuivi, est réputé assez puni ; que pendant ce long temps les preuves qu'un accusé pourrait avoir de son innocence, seraient dépéries ; qu'au contraire un accusateur peut se servir de ce temps pour pratiquer des preuves ; qu'enfin on pense toujours à présumer l'innocence et qu'on regarde comme favorable tout ce qui va à la décharge. » Rousseaud de la Combe, *op. et loc. cit.*

[2] Code des 25 sept., 6 oct. 1791, titre VI, 1re partie, art. 1 et 2 et Code du 3 brum. an IV, art. 9 et 10.

Digitized by Google

Le Code d'instruction criminelle est revenu à la première conception : la prescription a pour raison d'être principale l'oubli présumé du délit. Aussi son délai court du jour de la perpétration du fait punissable, malgré l'ignorance du ministère public. Mais comme tout acte de poursuite ou d'instruction a pour résultat de rappeler le souvenir du délit, le Code d'instruction criminelle a emprunté à la législation intermédiaire le système d'interruption de la prescription par les actes de poursuite ou d'instruction (C. instr. crim., art. 637, 638, 640, 643) [3].

218. Relativement à l'action publique, la prescription, comme tout autre mode d'extinction de cette action, est d'ordre public, puisqu'elle est admise et organisée, non dans l'intérêt du criminel, mais dans l'intérêt de la société. Il en résulte : 1° Que la prescription peut et doit être suppléée d'office par les juges ; 2° Qu'on ne peut valablement y renoncer ; 3° Qu'elle est opposable en tout état de cause, et, même pour la première fois, devant la Cour de cassation.

219. Quant au délai de la prescription, au point de départ de ce délai, au régime de l'interruption et de la suspension de prescription, nous renvoyons à notre *Traité du droit pénal*, où toutes ces questions sont examinées.

220. A qui du ministère public ou du prévenu incombe-t-il de prouver l'accomplissement de la prescription? On a sou-

[3] Je n'ai pas besoin de rappeler que le principe de la prescription pénale a été critiqué par Beccaria et Bentham (Voy. mon *Traité*, 2e éd., t. 2, n° 379, note 2). Ces critiques sont renouvelées par l'école positiviste (Voy. particulièrement : Garofalo, *La criminologie*, 5e éd. p. 398 à 400) qui propose de n'accorder la prescription qu'aux criminels démontrant par leur conduite qu'ils ne sont pas antisociables, « et que le délit n'aura plus l'occasion probable de se manifester par suite d'un changement survenu dans les conditions qui l'avaient déterminé ». *Adde*, Ferri, *La sociologie criminelle* (trad. Terrier), n° 73, *in fine*, p. 498; Zerboglio, *Della prescrizione penale* (Bocca, 1893), chap. I et V; de la Grasserie, *De la suppression d'immunités accordées au coupable* (*Rev. pénit.*, 1898, p. 648).

Digitized by Google

tenu[4] que la prescription étant un moyen de libération, l'action du ministère public était recevable, sans qu'il eût autre chose à établir que l'existence du délit : ce serait, dans ce système, au prévenu poursuivi, à faire la preuve de la prescription, s'il prétendait l'invoquer : *reus excipiendo fit actor.*

Mais cette opinion ne tient aucun compte, soit des bases mêmes de la prescription, soit de son caractère. La prescription de l'action publique, étant fondée sur l'oubli présumé de l'infraction, après qu'un laps de temps de dix ans, de trois ans ou d'un an, s'est écoulé depuis sa perpétration, a les effets d'une sorte d'amnistie : de même que l'amnistie, la prescription efface le caractère délictueux du fait. C'est pour cela que la prescription est d'ordre public et n'a pas besoin d'être opposée par le prévenu comme une sorte d'exception ou de fin de non recevoir. En conséquence, le ministère public ne doit pas poursuivre une infraction prescrite; et le juge, si la poursuite a eu lieu, doit déclarer l'action publique irrecevable, sans avoir même le droit d'examiner s'il existe des charges suffisantes vis-à-vis d'un inculpé et si la culpabilité est établie vis-à-vis d'un prévenu ou d'un accusé[5]. Tout tribunal de répression, avant de passer à l'examen du fond, est obligé de s'assurer que le fait dont il est saisi n'est pas couvert par la prescription. Aussi la constatation de la date, au moins de la date approximative, est un des éléments essentiels de la prévention, et le ministère public, dans toute poursuite, n'a pas seulement à prouver l'existence du fait délictueux, il faut encore qu'il établisse que son action a été intentée en temps utile : « depuis

[4] Le Sellyer, *Traité de l'exercice et de l'extinction des actes publ. et priv.*, t. 2, n° 447-2°.

[5] C'est une règle générale que celle qui interdit au juge de se prononcer sur la culpabilité lorsqu'il admet une cause d'extinction de l'action publique. De même, en effet, qu'il ne peut plus condamner le prévenu ou l'accusé, puisque l'action publique est éteinte, il n'a pas non plus à le déclarer non coupable. Ces deux issues du procès lui sont interdites. *Qui non potest condemnare non potest absolvere.* Comp. Brun de Villoret, *Traité théor. et prat. de la prescription en matière criminelle*, n° 74.

Digitized by Google

moins de trois ans », « depuis moins de dix ans »..., suivant la formule qui est employée dans tout réquisitoire à fin d'informer ou dans toute citation [6].

[6] *Sic*, Paris, 19 janv. 1889 (S. 89. 2. 64); Lyon, 30 juin 1887 (S. 89. 2. 65). On lira, sur la question, la note qui se trouve sous ce dernier arrêt (p. 66), avec les références qui y sont rapportées.

Digitized by Google

CHAPITRE II

DE L'EXTINCTION DE L'ACTION CIVILE.

§ XXXVIII. — DIVISION.

221. Deux groupes d'hypothèses.

221. L'action civile et l'action publique ne sont pas absolument liées au point de vue des causes d'extinction. Deux séries d'hypothèses contraires peuvent être distinguées : 1° Extinction de l'action publique avec survie de l'action civile; 2° Extinction de l'action civile avec survie de l'action publique.

§ XXXIX. — EXTINCTION DE L'ACTION PUBLIQUE AVEC SURVIE DE L'ACTION CIVILE.

222. Trois séries de situations sont possibles. — 223. Chose jugée sur l'action publique. — 224. Du décès et de l'amnistie. — 225. De la survivance de l'action civile en cas de prescription de l'action publique. Difficultés.

222. Les cas dans lesquels l'action publique est seule éteinte, l'action civile continuant à subsister, peuvent être groupés ainsi : 1° Une première hypothèse se présente quand l'action publique est définitivement jugée sans que l'action civile le soit; 2° Une seconde, quand l'action publique est éteinte par une de ces circonstances qui laissent subsister l'action civile, le décès et l'amnistie; 3° La troisième, dans les cas où l'action civile et l'action publique sont solidarisées au point de vue de la prescription.

223. Le procès pénal peut être terminé par une décision passée en force de chose jugée : l'action publique, dans

Digitized by Google

ce cas, est éteinte ou plutôt épuisée. L'action civile qui n'est pas jugée, parce qu'elle n'a pas été portée en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, subsiste, sauf à examiner l'influence de la chose jugée au criminel sur la chose à juger au civil.

224. Il existe deux circonstances où l'action publique est éteinte sans que l'action civile soit touchée : le *décès* du prévenu et l'*amnistie*.

I. Le décès du prévenu éteint toute poursuite pénale. Au contraire, l'action civile, n'étant que l'exercice de la créance en réparation et en indemnité, se transmet activement comme passivement[1].

II. L'amnistie n'a d'effet qu'en ce qui touche le caractère délictueux du fait ; mais elle n'efface pas son caractère dommageable : aussi n'est-elle accordée que sous réserve du droit des tiers[2].

III. La question qui se présente dans ces deux situations est relative au cas où l'action civile a été portée devant le tribunal de répression, avec l'action publique : cette dernière action venant à disparaître par le décès du prévenu ou par l'amnistie, le tribunal de répression peut-il rester saisi de l'action civile ? Nous avons signalé les évolutions de la jurisprudence sur ce point[3].

225. L'*indivisibilité* de l'action publique et de l'action civile, au point de vue de la prescription pénale, conduit à

§ XXXIX. [1] La seule question qui se pose est de savoir si, après le décès du prévenu, l'action civile contre les héritiers est soumise à la prescription pénale. L'affirmative est admise par la jurisprudence : Cass., 4 déc. 1877 (S. 78. 1. 419). L'article 2 du Code d'instruction criminelle indique, en effet, que la prescription, établie par les articles 637, 638 et 640, s'applique à l'action civile, alors même que celle-ci est intentée après le *décès* du prévenu, contre ses représentants.

[2] L'amnistie transforme, du reste, le caractère de la créance en réparation. Désormais, c'est une créance ordinaire, prescriptible par trente ans. La question est, du reste, controversée.

[3] Voy. *suprà*, n° 193, et les notes 21 à 30.

Digitized by Google

cette conséquence, qui résume le système de la loi française, que l'action publique étant éteinte par la prescription, l'action civile l'est aussi. Mais cette solution n'est vraie que sous deux réserves.

La première se rattache au caractère de la prescription de l'action civile. Il n'est pas douteux que la prescription de l'action publique, instituée dans l'intérêt général, doit être, à ce titre, suppléée par les tribunaux, à défaut d'être invoquée par les parties. En est-il de même de l'action civile, portée, séparément de l'action publique, devant les tribunaux civils? La solution qui a prévalu dans la jurisprudence permet à l'auteur de l'infraction, poursuivi devant les tribunaux civils, de renoncer à la prescription et n'autorise pas les juges à suppléer d'office ce moyen[4].

La seconde réserve est relative au cas où l'action civile est seule intentée séparément devant la juridiction civile : la prescription est interrompue pour l'action civile, mais non pour l'action publique; l'assignation devant le tribunal civil ne pouvant être considérée, par rapport à l'action publique, comme un acte de poursuite ou d'instruction[5].

§ XL. — EXTINCTION DE L'ACTION CIVILE AVEC SURVIE DE L'ACTION PUBLIQUE.

226. Des trois séries d'hypothèses où ce résultat est possible.

226. L'action civile est seule éteinte, l'action publique continuant à lui survivre, dans trois séries d'hypothèses.

D'abord lorsqu'il y a chose jugée sur l'action civile seule.

Ensuite lorsque l'action civile s'est éteinte par les modes d'extinction ordinaires des obligations, paiement, novation,

[4] Cette exception à l'indivisibilité des deux actions, au point de vue de la prescription, est admise par une jurisprudence qui s'affirme de plus en plus. Voy. notamment : Cass. 23 janv. 1901 (S. 1901. 1. 457) et la note de M. Tissier. Conf. Cass., 19 déc. 1902 (*Pand. franc.*, 1903. 1. 539).

[5] Voy. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 2, n° 1077. Dans ce sens : Cass., 28 juill. 1870. La question est, du reste, très controversée.

Digitized by Google

remise de dettes, etc. Quant à la renonciation de la partie lésée à son droit, elle est ordinairement sans influence sur l'action publique. La loi a pris soin de le faire remarquer (C. instr. crim., art. 4). Il en est autrement toutefois pour les délits qui ne peuvent être poursuivis que sur une plainte de la partie lésée. La renonciation de celle-ci rendrait, en effet, une plainte ultérieure irrecevable.

Enfin, lorsqu'il y a eu transaction sur l'intérêt civil du procès, l'action civile est éteinte, sans que l'action publique le soit (C. civ., art. 2046).

Digitized by Google

Digitized by Google

SECONDE PARTIE

DE LA PREUVE EN MATIÈRE CRIMINELLE

Bibliographie générale. — Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 5e édit., rev. par Fernand Larnaude, 1887. — Bentham, *Preuves judiciaires*, 1830, 2 vol., in-8°. — Gabriel, *Essai sur la nature des preuves*, revu par Solon, 1845. — Faustin Hélie, *Étude sur la preuve en matière criminelle* (*Rev. crit.*, 1853, p. 396 et suiv.); *id.*, *Traité de l'instruction criminelle*, 2e éd., 1866, t. 4, nos 1758 à 1780. — Gisbert, *Des moyens de preuve devant les juridictions répressives* (Th. doct., Paris, 1893). — Mittermaier, *De la preuve en matière criminelle*, traduit de l'allemand sur la 3e édit., avec le concours et les notes de l'auteur, par Alexandre, 1848, in-8°. — Herbert Speyer, *Les règles de la preuve en droit pénal anglais* (*Rev. de droit int. et de légis. comp.*, 1898, p. 478). — Tarde, *La philosophie pénale*, Lyon et Paris, 1890, p. 424 à 455.

Digitized by Google

Digitized by Google

LIVRE SECOND

DE LA PREUVE EN MATIÈRE CRIMINELLE

TITRE PREMIER

DE LA PREUVE CRIMINELLE EN GÉNÉRAL

§§ XLI. — LA QUESTION DE PREUVE DANS LA PROCÉDURE PÉNALE.

227. De l'objet de toute procédure pénale au point de vue de la preuve. — **228.** Vérité et certitude. — **229.** L'œuvre de la procédure tend à transformer un soupçon en certitude. Des trois règles qui dominent la question de preuve en matière criminelle.

227. L'objet de toute procédure est la *découverte de la vérité*, et la vérité, par rapport à la thèse du procès pénal qui est l'*imputation d'un délit*, doit aboutir à la démonstration de la *culpabilité* de l'accusé ou du prévenu. C'est ainsi que se pose la question de preuve en matière répressive. Elle a un double objet : 1° Rechercher la preuve dans la phase préliminaire du procès pénal ; 2° L'administrer dans la phase définitive.

228. En elle-même, la vérité a un caractère *absolu*, puisqu'elle est l'équivalent de la réalité. Mais cette notion prend un caractère *relatif* quand on la considère au point de vue de nos connaissances et de nos perceptions, c'est-à-dire quand on met en rapport les faits de l'ordre physique ou de l'ordre moral que l'on veut connaître et établir, avec les moyens imparfaits et faillibles qui servent à les découvrir. Pour l'homme, l'équivalent de la vérité, c'est la *certitude* qui résulte de la reconnaissance subjective qu'il en fait. Autre chose est donc

Digitized by Google

la notion de la vérité, autre chose, la notion de la certitude : la première est *objective*, la seconde, *subjective*. La vérité, en elle-même, est certainement absolue, mais par rapport à la certitude que nous en avons, elle est relative, et nous la découvrons lorsqu'il y a conformité entre nos idées et les faits de l'ordre physique ou de l'ordre moral que nous désirons connaître[1]. *Prouver*, c'est donc, en considérant cette opération au sens général du mot, établir l'existence de cette conformité[2], et la preuve n'est autre chose que la somme des motifs producteurs de la certitude[3].

229. L'opposé de la *certitude*, c'est le *doute*. Le procès pénal a, pour point de départ, un *soupçon*, sur lequel se fonde l'inculpation, et toute l'œuvre de la procédure tend à transformer ce *soupçon* en *certitude*. Si ce résultat n'est pas atteint, le procès ne peut aboutir. En conséquence, on doit poser trois règles préliminaires qui dominent la théorie des preuves et qui se réfèrent aux questions suivantes : 1° A qui incombe le fardeau de la preuve? 2° Quels sont les devoirs du juge si la preuve n'est pas rapportée? 3° De quels faits est-on admis à faire la preuve?

I. Le fardeau de la preuve incombe tout entier à l'accusateur.

§§ XLI. [1] Voy. Faustin Hélie, *De la preuve en matière criminelle* (*Rev. crit. de légis.*, 1853, p. 396). « Je vois, dans la certitude, a dit Filangieri (*Science de la législation*, t. 1, p. 343), un état de l'esprit indépendant de la vérité ou de la fausseté de la proposition sur laquelle tombe cette certitude ». En d'autres termes, la vérité ou la fausseté est dans la proposition; la certitude ou l'incertitude est dans l'esprit.

[2] Mittermaier, *op. cit.*, p. 63.

[3] Le mot « preuve » a trois sens. Dans le sens le plus général, la preuve, c'est le procédé employé pour arriver à la connaissance d'un fait. Dans deux autres significations plus restreintes, c'est tantôt la production des éléments de décision proposés au juge, tantôt la démonstration acquise de la vérité. Voy. Bonnier, *op. cit.*, n° 2. La preuve, suivant le *Dictionnaire de l'Académie*, est « ce qui établit la vérité d'une proposition, d'un fait ». Suivant le Dictionnaire de Littré : « Ce qui montre la vérité d'une proposition, la réalité d'un fait ». Dans le sens le plus usité et le plus juridique, on entend par preuve : tout procédé employé pour convaincre le juge de la vérité d'un fait.

Digitized by Google

II. Si la preuve n'est pas complètement rapportée, le juge doit mettre définitivement l'inculpé hors du procès.

III. En principe, les faits qu'il s'agit de prouver sont tous les faits qui se rapportent à l'existence du délit et à la culpabilité de l'agent.

Je reprends l'examen de chacune de ces règles.

§ XLII. — LA PREUVE INCOMBE A L'ACCUSATEUR.

230. Dans quel sens la charge de la preuve incombe à l'accusateur. De l'application restreinte, en matière répressive, et au point de vue de la preuve, de l'adage : *reus excipiendo fit actor.* — **231.** De la preuve des faits négatifs. Confusion.

230. La charge de la preuve incombe entièrement à l'accusateur qui doit établir l'existence, aussi bien des éléments moraux que des éléments matériels de l'infraction. C'est une règle de raison et de sécurité sociale tout à la fois, que d'exiger de lui la démonstration pleine et entière de la culpabilité de l'accusé. Si donc celui-ci se borne à nier le délit qui lui est reproché ou sa culpabilité, il n'a aucune preuve à fournir de sa négation : c'est de sa situation qu'on peut dire : *ei incumbit probatio que dicit, non qui negat; negantis, naturali ratione, nulla est probatio.* Le refus de se disculper est un droit pour l'accusé. Mais s'il allègue un fait justificatif, une cause de non-culpabilité ou une excuse, doit-il, à son tour, en faire la preuve complète, comme le défendeur, qui, dans un procès civil, invoque une exception ou une cause de libération (C. civ., art. 1315) ?

L'ancien droit, qui avait organisé un système de preuves légales, contenait, sur ce point, des dispositions précises et rigoureuses. L'ordonnance de 1670 (tit. XXVIII, art. 1 et 2) n'autorisait la preuve des faits justificatifs ou des causes de non-culpabilité, même de la démence, qu'après la visite du procès, et obligeait l'accusé à les articuler, avec précision, à peine de déchéance[1]. Aujourd'hui, l'accusé peut proposer

§ XLII. [1] Voy. Muyart de Vouglans, *op. cit.*, p. 572 et 574.

Digitized by Google

ses moyens de défense en tout état de cause[2] : on ne lui impose même pas l'obligation de se découvrir, au début de l'instance, et de déclarer *s'il plaide coupable* ou *non coupable*[3]. Tous les obstacles de forme apportés à sa défense ont été, avec grande raison, supprimés.

Au fond même, il faut admettre que la règle : *Excipiendo reus fit actor*, n'a qu'une application restreinte, dans la procédure pénale. D'une part, le ministère public est tenu de faire la preuve de toutes les conditions d'existence du délit et de culpabilité de l'agent et, par suite, de l'absence de causes de justification, de non-culpabilité, d'excuses, etc. D'autre part, le caractère social de ce procès oblige les juges à suppléer d'office aux moyens de défense que le prévenu n'invoquerait pas. Enfin, le système des preuves morales qui a remplacé celui des preuves légales, fait de l'intime conviction du juge la base de sa décision.

Cette différence essentielle entre la réglementation de la preuve dans le procès pénal et dans le procès civil se manifeste par des applications intéressantes, et dont nous citons les principales.

Ainsi, l'intention criminelle, lorsqu'elle constitue un élément de l'incrimination, ne se présume pas : elle doit être directement établie par le ministère public[4]. Cependant il y a des cas où cette intention est présumée, c'est-à-dire où le ministère public n'a pas à l'établir. L'exemple classique d'une situation de ce genre se présente en matière de diffamation. Lorsque les allégations ou imputations sont elles-mêmes diffamatoires, l'intention[5] se présume de droit et

[2] Sur ce point : Mittermaier, *De la preuve en matière criminelle*, chap. XVII ; Bonnier, *op. cit.*, n° 37.

[3] C'est là un trait caractéristique des législations anglo-saxonnes basées sur le système accusatoire, les règles de la preuve en matière civile s'appliquent en matière criminelle par suite du caractère contradictoire du procès entre l'accusateur privé et l'accusé. Voy. Fournier, *Code de procédure criminelle de l'État de New-York*, p. 111 et suiv.

[4] Jurisprudence constante. La conséquence, c'est que le jugement de condamnation doit qualifier les faits au point de vue de l'intention.

[5] Mais, pas plus en matière de diffamation qu'en d'autres matières, il ne

Digitized by Google

c'est à celui qui est poursuivi, à prouver que, dans l'espèce, cette intention n'existe pas[6]. Cette présomption est fondée sur ce motif que toute diffamation implique la volonté coupable et, par suite, supprime la question d'intention[7].

En matière de prescription de l'action publique, c'est au ministère public à établir que l'action n'est pas prescrite et que le procès a été engagé dans les délais impartis[8].

En cas d'infraction à un arrêté d'expulsion, c'est au ministère public à faire la preuve que le prévenu est étranger, l'extranéité étant une des conditions du délit[9].

231. Il est vrai qu'on a souvent prétendu borner l'application de la règle : *Onus probandi actori incombit*, au cas où le demandeur alléguerait un fait positif, la preuve d'un fait négatif étant impossible. Mais il n'est pas difficile de comprendre que toute proposition négative se décompose et s'analyse en une ou plusieurs propositions affirmatives. La différence entre une affirmation et une négation consiste plutôt dans la forme et dans la manière de poser la question que dans la réalité des choses. L'impossibilité de prouver un fait négatif est donc chimérique, car il suffit de prouver le fait positif contraire pour établir le fait négatif.

Ainsi, bien que l'incrimination de vagabondage, soit constituée par la réunion des trois négations : le défaut de domicile certain, l'absence de moyens d'existence et le fait

faut confondre l'intention coupable avec le mobile, par exemple avec l'intention de nuire. Voy. cependant : note de M. Chavegrin sous Cass., 23 oct. 1886 (S. 87. 1. 441). Mais réfutation exacte dans G. Le Poittevin, *op. cit.*, t. 2, n° 730.

[6] La jurisprudence est fixée dans ce sens que l'intention coupable est présumée en matière de diffamation. Cass., 12 févr. 1891 (S. 91. 1. 144); 15 févr. 1894 (S. 95. 1. 252). Voy. la note de M. Villey sous Cass., 25 avr. 1887 (S. 87. 1. 137).

[7] Cette thèse est doctrinalement contestable. Le fait d'avoir accompli l'acte matériel du délit n'emporte pas, dans tous les cas et nécessairement, l'intention délictueuse.

[8] Voy. *suprà*, n° 220, p. 465.

[9] Paris, 11 juin 1883 (S. 83. 2. 177). *Sic*, Hoffmann, *Traité des questions préjudicielles*, t. 2, n° 448 *bis*.

Digitized by Google

que l'inculpé n'exerce habituellement ni métier, ni profession, le ministère public établira : le défaut de domicile certain, en faisant la preuve de l'existence nomade du prévenu, c'est-à-dire de son changement incessant de résidence; son manque de moyens de subsistance, en prouvant son état d'indigence; son défaut d'exercice habituel de métier ou de profession, en prouvant son oisiveté[10].

Les faits négatifs à démontrer impliquent donc ici des faits positifs, et on ne comprendrait pas que le ministère public fût dispensé de prouver l'existence des éléments qui constituent l'état de vagabondage, parce que ces éléments sont formulés négativement par la loi. La difficulté de la preuve d'un fait négatif ne tient pas à la forme sous laquelle le fait est présenté, mais à l'*étendue* de l'affirmation ou de la négation qu'il suppose. Toutes les fois que les faits invoqués sont indéfinis, la preuve en est difficile, quelquefois même moralement impossible (*non quia negativa, sed quia indefinita*)[11].

§ XLIII. — DES DEVOIRS DU JUGE DE RÉPRESSION QUAND LA PREUVE N'EST PAS RAPPORTÉE.

232. L'insuffisance de la preuve amène le renvoi d'instance du prévenu. Institutions qui se rattachent à cette situation. Peine extraordinaire. Diverses espèces d'abso-

[10] Voy. cependant en sens contraire, mais par une fausse appréciation de la théorie des preuves, Aix, 29 déc. 1895 (*Journ. min. pub.*, 1896, art. 3789); Chambéry, 23 janv. 1896 (S. 96. 2. 205). M. Garçon, sous les articles 269 à 273 de son *Code pénal annoté* (n° 53), paraît commettre la même confusion : « Remarquons, écrit-il, que le ministère public ne peut pas être tenu de faire la preuve du défaut de domicile, puisque c'est un fait purement négatif. C'est au prévenu qu'incombe la charge de la preuve en établissant qu'il a une habitation certaine. Il suit de là que le fait par un individu de dissimuler son domicile équivaut à n'en point avoir. Riom, 22 janv. 1862 (D. 62. 2. 201) ». Cette solution, qui dispenserait le ministère public de toute preuve de la vie nomade et vagabonde, par cela seul que l'inculpé refuserait de donner des renseignements, serait vraiment trop commode.

[11] Voy. Colmet de Santerre, *Cours de Code civil*, t. 5, n° 276 *bis*; Garsonnet, *op. cit.*, t. 2, n° 701, p. 492; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VIII, p. 156; Bonnier, *op. cit.*, t. 1, n° 39.

Digitized by Google

lution. Plus amplement informé. — **233**. Ces institutions ont disparu. — **234**. De la règle : *In dubio pro reo*. Critiques faites par l'école positiviste. Réformes à rebours.

232. L'insuffisance de la preuve, de la part de celui qui est chargé de l'administrer, amène, dans tout procès, le renvoi d'instance du défendeur. *Actore non probante, reus absolvitur*. C'est surtout en matière répressive que ce principe doit être respecté. Toutes les fois que la culpabilité n'est pas *complètement* établie, une peine ne serait pas justifiée. Si telle est, en effet, la règle, dans notre législation, où la répression a sa base préalable dans une déclaration de culpabilité, il faut constater combien, dans le développement historique des institutions, on a eu de peine à y aboutir. Un double préjugé a retardé longtemps le triomphe de la justice et de la logique sur ce point.

I. On a été tout d'abord porté à confondre une *culpabilité imparfaitement prouvée* avec une *culpabilité atténuée*. De là, l'usage de la *peine gracieuse* ou *extraordinaire*. « Les juges, « dit un de nos vieux auteurs, n'ayant en main, pour la « preuve du maléfice, autre chose, que des indices et des « présomptions, ores qu'ils soient indubitables et véhéments, « si ne doivent-ils pas juger à la vraie et dernière peine, « tout ainsi que s'il y avait des témoins déposant l'avoir vu, « ainsi doivent incliner à quelque *gracieuse* condamnation[1] ».

Ce système a probablement son origine dans la défiance qu'inspirait, au début, la procédure inquisitoire, défiance telle, qu'on ne considérait pas comme complète la preuve faite par ce procédé et que l'on ne permettait pas de prononcer, lorsqu'il avait été employé, la peine la plus grave, mais une peine inférieure. Plus tard, lorsque la procédure inquisitoire se fut substituée à la procédure accusatoire, l'usage

§ XLIII. [1] Papon, *Recueil d'arrêts* (liv. XXIV, tit. VII, art. 1). Jousse, *Traité de la just. crim.* (t. 1, n° 8, p. 38), définit les peines extraordinaires, « d'autres peines moindres, qui s'infligent pour les mêmes crimes, par des raisons de tempérament et d'équité tirées ou des circonstances particulières qui rendent ces crimes plus excusables, qu du défaut de preuves suffisantes ».

Digitized by Google

des peines extraordinaires persiste, comme une conséquence du système des preuves légales qui ne permettait point de condamnation capitale en l'absence de certaines conditions[2].

II. L'entière certitude, soit de la culpabilité, soit de la non-culpabilité, ne pouvant pas être toujours facilement acquise, l'ancienne jurisprudence criminelle avait établi, d'abord, diverses espèces d'acquittement, puis, un moyen terme entre l'acquittement et la condamnation : elle graduait ainsi les solutions du procès pénal sur les divers degrés de la preuve[3]. Lorsque la condamnation n'intervenait pas, trois solutions étaient possibles : l'*absolution*, la *mise hors de cour*, et *le plus amplement informé*.

L'*absolution*[4] était le rejet pur et simple de l'accusation et donnait à l'accusé le droit d'agir en dommages-intérêts contre la partie civile. La *mise hors de cour et de procès* était une absolution moins complète. « Quand l'accusé n'est pas renvoyé absous, dit Serpillon[5], mais seulement mis hors cour, il ne peut prétendre à des dommages-intérêts, il n'est

[2] « Cet usage, dit d'Aguesseau dans une lettre du 4 janvier 1739, est un abus qu'on ne peut tolérer, et que j'aurai soin de réprimer. Ou la preuve d'un crime est complète, ou elle ne l'est pas : dans le premier cas, il n'est pas douteux qu'on doit prononcer la peine portée par les ordonnances; mais, dans le dernier cas, il est certain qu'on ne doit prononcer aucune peine ». Les juges et les jurés qui, de nos jours, en cas de doute, déclarent la culpabilité avec *circonstances atténuantes* retombent dans le même abus. Il faut toujours se souvenir que la preuve n'admet point de moyen terme : imparfaite, elle n'existe pas. Comp. Bonnier, *op. cit.*, t. 1, n° 52. Cependant, Tarde (*La philosophie pénale*, p. 455) ne voit pas un préjugé, mais une vérité, dans cette proposition que « la force des preuves doit se proportionner à la gravité du châtiment, c'est-à-dire du forfait... ».

[3] Pour les détails : Bonnier, *op. cit.*, n°s 53 à 57; Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, p. 244; Paringault, *Rev. hist.*, t. 5, p. 408. L'exposé complet de l'ancienne jurisprudence à cet égard est fait par Jousse, *op. cit.*, t. II, n°s 83 à 93, p. 556 à 560.

[4] On ne distinguait pas, dans l'ancien droit, l'absolution de l'acquittement. Les ordonnances de 1539 et de 1670 emploient toujours l'expression d'*absolution*.

[5] *Code criminel*, p. 409. Comp. sur la mise hors cour : Jousse, *op. cit.*, part. III, liv. II, tit. XXV, n° 84; Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, liv. II, tit. IV, chap. V, n° 1; Merlin, *Répertoire*, v° *Hors de cour*, 553.

Digitized by Google

pas entièrement lavé ». Enfin, la troisième solution consistait à tenir l'accusé *in reatu*, sans statuer sur son sort. C'était *le plus ample informé*, institution qui n'était mentionnée, ni dans l'ordonnance de 1539, ni dans celle de 1670, mais que l'usage avait introduit, au cas de preuve imparfaite. Il y avait le plus amplement informé à temps, qui obligeait l'accusé à garder prison. Ce temps variait ordinairement de trois mois à deux ans. Le plus amplement informé *usquequo*, à la suite duquel l'accusé était provisoirement élargi, mais qui laissait indéfiniment subsister l'accusation. « On le prononce toujours dans les causes graves, dit Jousse, pour peu qu'il y ait d'indices contre l'accusé[6] ».

233. Toutes ces institutions sont étrangères à notre temps et à nos mœurs. D'une part, aucune peine ne peut être prononcée contre un accusé non coupable; et toutes les fois que certains retours ataviques aux tendances anciennes se sont manifestés par la condamnation, en totalité ou en partie, aux dépens, de l'accusé acquitté, notre Cour suprême a rétabli les véritables principes, en déclarant que l'accusé acquitté ne saurait être réputé avoir *succombé*, aux termes de l'article 368 du Code d'instruction criminelle, sainement entendu[7]. D'autre part, l'accusé acquitté ne peut être repris, ni recherché à l'occasion du même fait (C. instr. cr., art. 360)[8]. Sans doute, ce principe ne s'applique qu'à la décision rendue par une juridiction de jugement.

Un arrêt de non-lieu, prononcé par la chambre des mises en accusation, n'empêche pas de reprendre le prévenu, s'il survient de nouvelles charges (C. instr. cr., art. 246), de

[6] Voy. notamment sur le plus ample informé : Muyart de Vouglans. *Instr. crim.*, p. 362 et 363; Jousse, *op. cit.*, t. 2, p. 557 et suiv.; Merlin, *Répert.*, v° *Plus amplement informé.*

[7] Comp. Cass., 10 janv. 1851. Arrêt rapporté par Bonnier, *op. cit.*, t. 1, n° 57. Il en est tout autrement en matière d'absolution.

[8] Le Code de procédure pénale allemand n'a pas reproduit la pratique, usitée dans divers États, du *renvoi de l'instance* ou *absolutio ab instantia*, institution présentant une certaine analogie avec le *plus amplement informé*. Voy. sur cette institution : Mittermaier, *op. cit.*, chap. LXV.

Digitized by Google

sorte que celui-ci reste *in reatu* jusqu'à ce que la prescription lui soit acquise. Mais il ne s'agit pas encore là d'une solution du procès, et c'est seulement quand l'instruction a suivi toutes ses phases que l'accusé a droit à une décision définitive, qui ne laisse planer aucune équivoque sur sa situation. Il peut exiger de la société une absolution, si sa culpabilité n'est pas démontrée.

234. La règle que le doute profite à l'accusé — *in dubio pro reo*, — exerce son influence, non seulement sur la solution du procès pénal, mais sur toutes ses phases, et donne naissance à une série de corollaires. C'est ainsi qu'on met en liberté le prévenu acquitté durant les délais d'appel et malgré l'appel du ministère public (C. instr. cr., art. 206); que l'on compte, en faveur de l'accusé, les bulletins blancs ou les bulletins illisibles des jurés (L. 13 mai 1836, art. 4): qu'on l'acquitte en cas de partage égal des votes; qu'on donne à la cour d'assises le droit de suspendre l'exécution d'un verdict de condamnation, sans lui reconnaître les mêmes droits en cas d'acquittement; qu'on admet la revision des jugements qui prononcent une condamnation et qu'on interdit de reviser les jugements qui prononcent un acquittement, etc.

Toutes ces institutions, protectrices de l'accusé, dérivent de l'idée que le doute doit s'interpréter en sa faveur. Elles ont été critiquées, comme des progrès à rebours, par les partisans de l'école positiviste, qui ne voient, dans ces garanties traditionnelles, que des procédés tendant à désarmer la « défense sociale ».

Les attaques ont porté sur toutes les conséquences tirées, par les législations positives ou par la jurisprudence qui les interprète, de la présomption légale d'innocence[1].

C'est d'abord l'effet suspensif de toute voie de recours,

[1] Ferri, *Sociologie criminelle*, n° 73, p. 728 à 741. Voy. également Pugliese, *Le procès criminel au point de vue de la sociologie* (*Actes du Congrès d'anthrop. crim. de Rome de 1885*, p. 30, et du *Congrès d'anth. de Paris de 1889*, p. 106 et suiv.). *Adde*, Rigot, *De quelques immunités accordées au coupable* (Th. doct., Lyon, 1903).

Digitized by Google

non seulement au point de vue de l'exécution de la condamnation, mais encore et surtout au point de vue de la liberté provisoire du condamné qui est maintenue pendant l'appel et le pourvoi en cassation (C. instr. cr., art. 203, § 2, art. 373, § 4); ce serait là une institution qui favoriserait les malfaiteurs et laisserait les honnêtes gens désarmés [10].

Ainsi encore, les règles qui présument l'innocence, même de celui qui est condamné, constitueraient des garanties individuelles excessives, sans contrepartie suffisante par rapport à l'intérêt public. Par exemple, la cour d'assises a le droit, quoique la décision du jury ne soit susceptible d'aucun recours, de surseoir au jugement et de renvoyer l'affaire devant un nouveau jury, lorsque l'accusé a été déclaré coupable et que la cour d'assises est convaincue que le premier s'est trompé au fond. Au contraire, si l'accusé est acquitté, la cour ne peut méconnaître le verdict, fût-elle convaincue que cet acquittement est dû à une erreur du jury (C. instr. cr., art. 350 et 352).

On critique également le système d'après lequel le sort du condamné ne peut être aggravé sur son appel ou sur son pourvoi en cassation. Cette solution est consacrée par la jurisprudence française, d'après un avis du Conseil d'État du 13 novembre 1806.

En cas d'acquittement de l'accusé en cour d'assises, le pourvoi en cassation du ministère public ne peut avoir lieu que dans l'intérêt de la loi, sans préjudicier à l'accusé (C. instr. cr., art. 409). Il en est tout autrement en cas de relaxe par la juridiction correctionnelle (C. instr. cr., art. 413). Ce serait là également une de ces « immunités » des criminels, dont une législation sentimentale aurait fait abus.

La revision du procès n'est possible, dans la législation française, qu'au profit du condamné et non à son préjudice [11].

[10] Garofalo, *Cio che dovrebbe essere un guidizio penale* (*Arch. di psichiatria*, t. 3), cité par Ferri, *op. cit.*, p. 495.

[11] Il en est autrement dans les Codes de procédure pénale de l'Allemagne, § 395, de l'Autriche, § 355, de la Norvège, § 415. Voy. aussi Fournier,

Digitized by Google

Pourquoi cette différence entre deux situations qui sont la contrepartie l'une de l'autre, sinon en vue de désarmer la société?

Enfin l'égalité de voix dans la décision du jury entraîne l'acquittement de l'accusé, qui ne peut plus être repris, à raison du même fait, alors que, s'il avait bénéficié d'une ordonnance de non-lieu, il se trouverait soumis à une reprise d'instance, en cas de survenance de nouvelles charges (C. instr. cr., art. 246 et 247, 347 et 350).

A quelles conclusions aboutissent ces critiques?

D'abord, au renversement de la présomption d'innocence. L'école positiviste voit un coupable dans tout individu qui est l'objet d'une poursuite. Elle demande qu'on le traite comme tel. Sans doute, pour le maintien ou le rejet de la présomption d'innocence, Ferri distingue entre la criminalité *évolutive* et la criminalité *atavique*, entre le criminel d'occasion et le criminel-né, la présomption pouvant être maintenue pour le premier, devant être rejetée pour le second. Mais, en admettant l'existence de cette double catégorie de criminels, la distinction aurait, certes, de l'importance pour l'application et le choix des mesures à prendre, après preuve et constatation de la culpabilité ou de la nocuité. Mais comment la faire fonctionner, lorsqu'il s'agit d'établir que l'accusé soupçonné est bien l'auteur du délit?

Puis, au rétablissement des sentences de plus ample informé, rendues lorsqu'il y a doute, du *non liquet*. Mais si cette institution a disparu, c'est qu'elle avait le grand vice de faire indéfiniment peser, sur un individu, un soupçon qui devrait être vidé et de créer une catégorie de *parias judiciaires* qui ne pouvaient trouver de juges, ni pour les condamner, ni pour les acquitter[12].

Ces prétendues réformes seraient une regression au lieu

C. proc. pén. de l'État de New-York, p. 6, note 3. Comp. sur la question : Majno, *Della revisione dei processi penali* (*Arch. di psichiatria*, etc., 1884, p. 261).

[12] Voy. Ferri, *Sociologie criminelle*, p. 496; Tarde, *Philosophie pénale*, p. 450; Carnevale, *Certezza e dubio*, dans la *Rivista penale*, 1892.

Digitized by Google

d'un progrès[13]. La procédure criminelle n'a pas pour seul et unique but la poursuite des malfaiteurs, mais aussi la protection des honnêtes gens. Il ne faut donc pas supposer que tout inculpé soit un coupable, mais, il faut admettre, jusqu'à preuve contraire, que tout inculpé est un innocent. Le renversement de la présomption d'innocence ne se comprendrait que s'il existait des signes extérieurs, des stigmates physiques, permettant de classer l'inculpé dans une catégorie anthropologique ou sociologique[14]. En admettant même l'existence de ces stigmates, ce serait donner à de simples *indices* de criminalité une portée redoutable, en classant *a priori* comme dangereux ceux qui en seraient les victimes.

§ XLIV. — DES CAS DANS LESQUELS IL Y A LIEU DE FAIRE LA PREUVE ET DES FAITS A PROUVER.

235. Dans un procès civil, quatre conditions sont nécessaires pour qu'il y ait lieu de faire la preuve. Examen du point de savoir si chacune de ces conditions s'applique au procès pénal. — **236**. Les faits, même avoués, doivent être établis en matière pénale. En d'autres termes, l'aveu ne dispense pas de la preuve; il n'est lui-même qu'un élément de conviction. — **237**. La dispense de preuve en matière de présomption légale. Rôle effacé des présomptions légales dans la procédure répressive. — **238**. La preuve de certains faits peut être interdite. Vérité des faits diffamatoires. — **239**. De la pertinence des faits dont on demande à faire preuve dans la procédure pénale. — **240**. En matière de diffamation, le prévenu n'est pas toujours admis à faire la preuve de la vérité des imputations. Injure. Outrage. — **241**. Distinction, au point de vue de la diffamation, entre les faits de la vie privée et les faits de la vie publique. — **242**. De la preuve de moralité. Admissibilité.

235. Dans un procès civil, quatre conditions sont nécessaires pour qu'il y ait lieu de faire la preuve. Il faut : 1° que les faits soient contestés; 2° qu'ils ne soient pas légalement

[13] A ce point de vue, lire les observations de Lucchini, *Le droit pénal et les nouvelles théories* (trad. de Henri Prudhomme, Paris, 1892), p. 239 à 345.

[14] Ces réformes se rattachent à la conception, aujourd'hui condamnée, du criminel-né. Tous les positivistes ne partagent pas, du reste, l'opinion de Ferri. Dans ses *Principii fondamentali di diritto guidiziario penale*, le professeur Puglia se montre favorable à la présomption d'innocence en cas de doute (p. 22).

Digitized by Google

tenus pour vrais; 3° que la preuve n'en soit pas défendue; 4° qu'ils soient admissibles. « En dehors de ces conditions, la preuve est interdite ou inutile. Trois d'entre elles sont prescrites par l'article 253 du Code de procédure civile dont la disposition est générale, bien qu'elle n'ait en vue que la preuve testimoniale[1] ».

Mais ces quatre conditions ne s'appliquent à la procédure pénale que sous certaines réserves.

236. Au civil, « la partie qui reconnaît les faits du procès n'a pas plus le droit d'en exiger la preuve, que la partie qui les avance, n'a d'intérêt à la fournir[2] ». En conséquence, l'aveu, lorsqu'il fait pleine foi, supprime, en matière civile, non seulement la nécessité, mais encore l'utilité de la preuve. Il n'en est pas de même en matière pénale. L'aveu est une preuve, un élément de conviction, voilà tout. Aussi ne dispense-t-il pas le ministère public de faire la preuve de l'existence du délit et de celle de la culpabilité. Le procès ne se réduit pas, après l'aveu, à la seule application de la peine.

Nous aurons à examiner, au surplus, non seulement comment on fait la preuve de l'aveu, mais encore quelle est la foi qui s'y attache. Mais il importe de remarquer que lorsqu'il y a eu aveu de l'accusé, le magistrat français n'est pas, comme le magistrat anglais, dispensé d'examiner le procès. L'adage « *confessus pro judicato est* » n'a pas d'application, au sens juridique du mot, dans la procédure pénale française.

237. En matière civile, la preuve des faits, réputés vrais en vertu d'une présomption légale, est également inutile. Mais, dans le procès pénal, ce qui concerne, soit l'existence du délit, soit la culpabilité de l'auteur, doit toujours être prouvé. Il n'existe pas de présomptions absolues de délits ou

§ XLIV. [1] Garsonnet, *op. cit.*, t. 2, § 692, p. 478.
[2] Garsonnet, *op. cit.*, t. 2, § 693, p. 478.

Digitized by Google

de présomptions absolues de culpabilité. Le rôle des présomptions légales est infiniment restreint en matière pénale.

238. Il est des faits dont la loi n'admet pas qu'on offre la preuve. Tels sont les faits diffamatoires, d'après les distinctions empruntées, par la loi du 29 juillet 1881, à celle du 26 mai 1819 qui voulut, suivant le mot célèbre de Royer-Collard, « que la vie privée fût murée et la vie publique livrée à tous les regards ». Cette exclusion de la preuve, en ce qui concerne la vérité des faits diffamatoires, sera étudiée dans un paragraphe spécial.

239. Les faits dont on demande à rapporter la preuve doivent être *concluants* (C. proc. civ., art. 254), c'est-à-dire tels que, en les supposant vrais, ils puissent être utiles à la partie qui les allègue. Cette condition d'admissibilité de la preuve n'a pas, dans la procédure civile et la procédure criminelle, une égale importance. D'une part, dans le procès pénal, tous les faits qui peuvent, de près ou de loin, influer sur l'existence de la culpabilité et sur sa mesure, en un mot sur toute la moralité de l'action, sont concluants dans le sens légal du mot[3]. D'autre part, tous les modes de preuve sont admissibles pour les établir. Cette double constatation est le corollaire du concept essentiel qui domine le système des preuves : la recherche de l'intime conviction du juge (C. instr. cr., art. 342). Qu'en résulte-t-il? En matière civile, l'application de l'adage : « *Frustra admittitur probandum quod probatum non relevat* », commun à toutes les preuves, est abandonnée aux tribunaux, à qui il appartient d'apprécier souverainement, quels faits sont indifférents au procès, quels autres sont de nature à en déterminer la solution[4]. Il en est tout autrement en matière pénale. Les tribunaux de répression ne peuvent refuser, *sans motifs juridiques*, la preuve qui est offerte par les parties, notamment ils ne peu-

[3] Mittermaier, *op. cit.*, p. 67.

[4] Voy. par exemple : Cass., 22 avr. 1890 (S. 92. 1. 8); 16 mars 1898 (S. 98. 1. 392).

Digitized by Google

vent refuser d'entendre les témoins, régulièrement cités, qui sont produits, soit par le ministère public ou la partie civile, à l'appui de l'accusation, soit par le prévenu, à l'appui de sa défense. La valeur juridique des motifs relève de la Cour de cassation[5].

240. En matière de diffamation, le prévenu n'est pas toujours admis à faire la preuve de la vérité des faits de nature à nuire à l'honneur ou à la considération qu'il a imputés ou allégués. C'est dans la loi du 29 juillet 1881 *sur la liberté de la presse* que se trouvent les dispositions, aujourd'hui en vigueur, sur la preuve des faits diffamatoires[6]. Elles diffèrent peu de celles qui étaient édictées par la loi du 26 mai 1819. Le législateur a rejeté un système radical, aux termes duquel la vérité du fait diffamatoire aurait toujours pu être établie. Il n'a pas davantage admis que la preuve pourrait être reçue quand le plaignant aurait autorisé le prévenu à la rapporter[7]. Ces deux solutions lui ont paru également dangereuses; il s'est attaché, comme la loi de 1819, à un certain nombre de distinctions, déjà consacrées par la pratique d'un demi-siècle.

I. La première est celle de la *diffamation* et de l'*injure*. Elle est capitale au point de vue de l'admissibilité de la preuve. Ainsi qu'on l'a fait remarquer dans l'exposé des motifs du Code pénal, dont les principes ont été maintenus sous ce rapport, par toute la législation postérieure, l'*injure*

[5] Voy. notamment en ce qui concerne la preuve par témoins : Cass., 26 avr. 1884 (*B. cr.*, n° 149); 24 mars 1906 (*Gaz. du Pal.*, n° du 17 mai 1906).

[6] Voy. sur cette question : G. Le Poittevin, *Traité de la presse*, t. 2, n° 771.

[7] Bozérian, au Sénat, reprenant une proposition, d'abord admise, puis repoussée par la commission de la Chambre, avait proposé, par voie d'amendement, l'admission de la preuve, quand c'est le diffamé qui la réclame. Mais la Commission du Sénat rejeta cet amendement. On a dit que la personne diffamée se trouverait contrainte, s'il en était autrement, d'autoriser la preuve, ou de reconnaître implicitement la vérité des imputations dirigées contre elle. Voy. Cellier et Le Senne, *op. cit.*, p. 467.

Digitized by Google

une fois constatée, le prévenu n'a aucun moyen de s'affranchir de la peine. Il ne peut être admis ni à prouver, ni à dénoncer à l'autorité judiciaire des faits qui ne sont point précis et qualifiés. Et peu importe, à cet égard, que la personne injuriée soit un fonctionnaire public. Cette circonstance ne permet pas d'échapper à la peine par une preuve que rend inadmissible le caractère vague de pareilles invectives. Sur ce point, la loi du 29 juillet 1881 ne s'est pas écartée de la loi de 1819. « L'injure ne renferme de sa nature l'imputation d'aucun fait précis, disait le rapporteur, M. Lisbonne. Il n'y a, dans ce cas, rien à prouver que l'injure elle-même ». L'article 35, § 2, pourrait toutefois faire croire le contraire. Il y est dit, en effet, que « la vérité des imputations diffamatoires et *injurieuses* pourra être établie contre les directeurs ou administrateurs de toute entreprise industrielle ». Le législateur admettrait-il donc la preuve de la réalité de l'imputation injurieuse pour cette catégorie de personnes, tandis qu'il la repousserait, n'en parlant pas, pour les fonctionnaires? Ce n'est guère probable. Le paragraphe, qui forme l'article 35, § 2, a été ajouté par le Sénat au texte du projet de la Chambre, et on a perdu de vue, en le rédigeant, la prohibition de la preuve de la vérité de l'injure[8].

II. En cas de *diffamation*, le système consacré par la loi de 1881 est le même que celui qui servait de base à la loi de 1819. S'agit-il de faits diffamatoires, se rapportant à la vie privée d'une personne quelconque, particulier ou fonctionnaire, jamais la preuve n'en est possible. D'où il suit que la diffamation est punissable, alors même que les faits seraient vrais. La loi prévoit et réprime la médisance comme la calomnie. Mais il en est autrement si la diffamation est dirigée contre un corps ou une personne exerçant une fonction, un service ou un mandat publics. La société est alors intéressée à connaître tout ce qui concerne les actes de ces détenteurs d'une parcelle, quelque petite qu'elle soit, de

[8] Voy. sur ce point : G. Le Poittevin, *op. cit.*, t. 2, n° 784. Conf. Rouen, 29 déc. 1883 (S. 85. 2. 141).

Digitized by Google

l'autorité publique, en tant que ces actes se réfèrent à l'exercice de la fonction, du service ou du mandat publics. La preuve du fait diffamatoire sera donc autorisée, et si elle est rapportée, « le prévenu, aux termes de l'article 35, § 3, sera renvoyé des fins de la plainte ». La loi de 1881 n'a même pas reproduit, et à dessein, la disposition finale de l'article 20 de la loi de 1819 portant que l'individu qui a fait la preuve des faits diffamatoires, quand elle est permise, et qui, par suite, est à l'abri de toute peine, peut, néanmoins, encourir celles qui sont prononcées contre toute injure qui ne serait pas nécessairement dépendante des mêmes faits.

III. La preuve de la réalité de l'*outrage*, qui n'est qu'une injure ou une diffamation aggravée, quelque chose qui outrepasse les bornes en fait d'offense, est aussi inadmissible que la preuve de l'injure elle-même. L'outrage existe ou n'existe pas, mais il n'y a pas à rechercher s'il était, en quelque sorte, mérité. En pareil cas, le délit consiste dans le terme ou l'acte, dont le prévenu s'est rendu coupable, et non dans la fausseté ou la vérité de l'imputation.

241. Ainsi, au point de vue de la preuve de la vérité des faits diffamatoires, deux situations bien distinctes sont possibles.

La vérité des faits diffamatoires peut être établie contre les corps constitués, les armées de terre ou de mer, les administrations publiques, les ministres, les membres des deux Chambres, les fonctionnaires publics, les dépositaires et les agents de l'autorité publique[9], les citoyens chargés d'un

[9] Les ministres des cultes salariés par l'État ne rentrent plus dans la catégorie des personnes publiques depuis la loi des 9-11 décembre 1905, concernant la séparation des Églises et de l'État. Mais cette loi contient une disposition spéciale, ainsi conçue : « Tout ministre d'un culte qui, dans les lieux où s'exerce ce culte, aura publiquement, par des discours prononcés, des lectures faites, des écrits distribués ou des affiches apposées, outragé ou diffamé un citoyen chargé d'un service public, sera puni d'une amende de cinq cents francs à trois mille francs (500 à 3.000 fr.), et d'un emprisonnement de un mois à un an, ou de l'une de ces deux peines seulement. — La

Digitized by Google

service ou d'un mandat public, temporaire ou permanent[10], les jurés, les témoins, les directeurs et les administrateurs d'entreprises commerciales, industrielles et financières, faisant publiquement appel à l'épargne et au crédit, toutes les fois que ces personnes ont agi dans l'exercice de leur fonction ou de leur mandat. Il est indifférent que l'action civile en diffamation soit intentée, devant la cour d'assises, accessoirement à l'action publique[11], ou portée séparément devant le tribunal civil[12]; mais elle ne peut être intentée devant ce dernier que si l'action publique est éteinte par le décès ou l'amnistie du diffamateur.

Dans toute autre circonstance, qu'il s'agisse d'une personne non qualifiée, ou qu'il s'agisse d'une personne qualifiée, mais diffamée dans sa vie privée, la preuve des faits diffamatoires est interdite, et cette prohibition s'applique, aussi bien au cas où l'action est portée séparément devant le tribunal civil, qu'au cas où elle est portée, avec l'action publique, devant le tribunal correctionnel[13].

vérité du fait diffamatoire, mais seulement s'il est relatif aux fonctions, pourra être établie devant le tribunal correctionnel dans les formes prévues par l'article 52 de la loi du 29 juillet 1881... » (art. 34).

[10] Sur le sens de cette formule, voy. G. Le Poittevin, *op. cit.*, t. 2, nos 848 et suiv., p. 437.

[11] La cour d'assises est exclusivement compétente, sauf en ce qui concerne les directeurs et administrateurs d'entreprises financières. Voy. *suprà*, n° 181.

[12] Il n'est pas douteux, en effet, que la preuve du fait diffamatoire peut être faite devant le tribunal civil, pour écarter la responsabilité civile, comme devant la cour d'assises, pour écarter les responsabilités pénale et civile. Il ne faut pas oublier, en effet, que c'est exercer un droit que d'imputer à un personnage public un fait de nature à nuire à sa considération et à son honneur, à la double condition que ce fait appartienne à la vie publique et qu'il soit exact. La théorie civile de l'abus du droit dommageable n'a rien à voir avec cette question. Sur cette théorie, *suprà*, p. 286, note 18. *Adde*, note de M. Josserand, sous Trib. civil de Coutances, 13 août 1905 (D. 1906. 2. 105).

[13] Doctrine et jurisprudence constantes : G. Le Poittevin, *op. cit.*, t. 2, n° 777; Barbier, *op. cit.*, t. 2, n° 560; p. 102; Fabreguettes, *op. cit.*, t. 1, n° 133, p. 529. Voy. Alger, 27 févr. 1896 (S. 97. 2. 190); Orléans, 14 nov. 1895 (S. 96. 2. 238); Paris, 6 déc. 1890 (S. 91. 1. 190).

Digitized by Google

242. L'interdiction absolue de prouver la vérité des faits diffamatoires ne s'oppose pas à ce que les tribunaux de répression accordent au diffamé le droit de faire entendre des témoins sur sa moralité. Ce droit était formellement inscrit dans l'article 23 de la loi du 26 mai 1819. Si la loi de 1881 n'a pas reproduit cette disposition, ce n'est pas qu'elle ait entendu refuser cette faculté au diffamé. Elle a pensé seulement que le droit commun suffisait pour l'admettre. Dans toute affaire correctionnelle, la partie civile peut, par tous les moyens de preuve, établir sa moralité et son honorabilité : pour qu'il en fût autrement en matière de diffamation, il faudrait un texte formel excluant cette faculté. Mais le droit de la partie civile a une contrepartie nécessaire dans le droit du prévenu. Celui-ci pourra citer des témoins pour fournir des renseignements sur sa moralité, son honorabilité et même sa bonne foi, et le tribunal ne pourra refuser de les entendre. Mais, cette faculté a une double limite. D'une part, les témoins de moralité ne doivent pas, sous prétexte de donner des renseignements sur ce point, s'expliquer sur les faits tendant à établir directement ou indirectement la vérité ou la fausseté des faits imputés. Dans ces termes aucune question ne peut leur être posée, et ils doivent être arrêtés lorsqu'ils s'engagent dans cette direction [14]. D'autre part, le prévenu, pour démontrer sa moralité, ne saurait être admis à faire entendre des témoins contre la moralité du plaignant. S'il en était autrement, on ouvrirait la porte à des diffamations nouvelles.

§ XLV. — DE LA LOI QUI DOIT RÉGLER L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE.

243. Double question qui se pose. Conflit d'une loi ancienne et d'une loi nouvelle. Conflit d'une loi étrangère et de la loi française. — **244.** C'est à la loi en vigueur au moment du procès qu'il faut se référer pour l'admissibilité et la procédure de la preuve. — **245.** La territorialité de la loi pénale impose aux juges l'obligation d'appliquer en matière de preuve la loi nationale. — **246.** Réserve aux deux points

[14] Voy. Riom, 16 janv. 1889 (*Journ. des Parq.*, 89. 2. 140).

Digitized by Google

de vue précédents, lorsque des questions civiles ou commerciales sont soumises aux tribunaux de répression.

243. Les tribunaux répressifs ont à se demander quelle loi est applicable au procès, soit dans la circonstance où la réglementation de la preuve a été modifiée par une loi nouvelle, soit dans celle où figure, au procès, un prévenu de nationalité étrangère, soit dans celle où un acte passé en pays étranger a été produit.

244. S'il y a conflit entre une loi contemporaine de l'infraction et une loi nouvelle qui facilite ou paralyse la démonstration d'un délit, c'est à la loi en vigueur au moment des débats que le juge doit se référer.

Cette loi a le caractère d'une mesure d'intérêt général dont l'application immédiate ne saurait léser aucun droit acquis[1]. Il n'y a pas de droits acquis contre les moyens donnés au prévenu ou au ministère public pour manifester la vérité.

C'est cette même loi qui détermine la marche à suivre, les formes à observer, en un mot la procédure de la preuve. Les lois qui s'occupent de cette réglementation ont pour objet d'améliorer le mécanisme de l'instruction et de déterminer le procédé qui conduit le plus sûrement et le plus simplement à la vérité. Le nouveau mode d'organisation qui est ainsi décrété dans un intérêt public devient obligatoire, pour les juges, dès le jour où il est mis en vigueur[2].

245. La territorialité de la loi pénale impose aux juges l'obligation d'appliquer, en matière de preuve, la loi natio-

§ XLV. [1] Voy. Bonnier, *op. cit.*, t. 2, n° 927.

[2] C'est ainsi que l'article 12 de la loi du 1er août 1905, en prescrivant dans l'intérêt de la défense, que toutes les expertises nécessitées par son application seraient contradictoires, régit, dès sa promulgation, toutes les poursuites commencées ou non commencées. C'est donc cette loi qu'il faut appliquer aux procès qui sont postérieurs à sa promulgation. Mais déroge-t-elle aux principes généraux de la preuve ? Nullement : Trib. corr. Seine, 13 déc. 1905 (D. 1905. 2. 231).

Digitized by Google

nale, que le prévenu soit un étranger, ou que le délit ait été commis à l'étranger et puisse être poursuivi en France. La raison est toujours la même. Les juridictions criminelles ne sauraient appliquer d'autre législation que la loi actuellement en vigueur dans le pays où elles fonctionnent.

246. Mais lorsque, à l'occasion de questions civiles ou commerciales que les tribunaux de répression doivent résoudre pour statuer sur la culpabilité, un conflit s'élève entre la loi française et la loi étrangère, en ce qui concerne le mode et les conditions de la preuve, il faut recourir aux principes du droit international. La preuve est régie, comme la compétence et la procédure, par la règle : « *Locus regit actum* ».

La loi étrangère peut être, suivant les cas, applicable dans la mesure seulement où elle n'est pas contraire à l'ordre public français. Mais dès que se présente une incompatibilité de cette nature, le conflit doit se trancher en faveur de la loi française.

En matière criminelle également, la règle que la preuve doit être celle du temps où les faits se sont passés : « *Tempus regit actum* », doit s'appliquer toutes les fois qu'il s'agit de questions civiles, dont la preuve est rapportée conformément à leur nature : par exemple, la preuve du mandat ou du dépôt, dans la poursuite de l'abus de confiance [3].

[3] L'Institut de droit international (session de Zurich, 1877) a pris, à cet égard, la résolution suivante : « L'admissibilité des moyens de preuve « (preuve littérale, preuve testimoniale, serment, livres de commerce, etc.), « et leur force probante seront déterminées par la loi du lieu où s'est passé « l'acte qu'il s'agit de prouver; la même règle s'applique à la capacité des « témoins, sauf les exceptions que les États contractants jugeraient raisonnable de sanctionner dans leur traité ». *Annuaire de l'Institut*, 4e année, p. 451. Voy. sur ce point : Larnaude, sur Bonnier, *Des preuves*, n° 933.

Digitized by Google

TITRE II

PRINCIPES GÉNÉRAUX SUR LA RECHERCHE, L'ADMINISTRATION ET LA FORCE DE LA PREUVE

§ XLVI. — DES DIVERS SYSTÈMES HISTORIQUES D'ORGANISATION DE LA PREUVE.

247. La preuve doit être considérée à trois points de vue. — **248.** De l'évolution historique du système des preuves. Quatre phases. — **249.** Les deux principaux systèmes, celui des preuves légales et celui des preuves morales, se sont succédés dans l'Europe moderne. En quoi ils consistent. — **250.** Origine du système des preuves légales. — **251.** Quatre modes de preuve. Division, soit des preuves du corps du délit, soit de celles de la culpabilité du délinquant. — **252.** Preuve par témoins. Conditions légales pour que la preuve par témoin soit une preuve complète sous ce régime. — **253.** Preuve écrite. — **254.** Présomptions. — **255.** Indices prochains. — **256.** Indices éloignés. — **257.** Ce qui caractérisait le système des preuves légales dans notre ancienne jurisprudence criminelle. Nécessité de l'aveu. Interrogatoire. Torture. — **258.** Origine du système des preuves de conviction substitué, en France, par l'Assemblée constituante, au système des preuves légales. — **259.** La preuve de conviction est donc née avec le jury et, à vrai dire, c'est la « preuve par jury ». Inconvénients de la formule qui en a été donnée. — **260.** Le système des preuves légales a, presque partout, disparu. Législations anglo-saxonnes.

247. La preuve doit être considérée à trois points de vue :

1° Dans les sources d'où elle résulte (*éléments de preuve*);

2° Dans son mode de recherche et de manifestation (*moyens de preuve*);

3° Dans sa valeur démonstrative (*force probante*).

248. Historiquement, l'évolution du système des preuves correspond assez exactement à l'évolution du système des peines. On peut suivre cette évolution dans les quatre phases, que la preuve paraît avoir parcourues, la phase *ethnique*, la phase *religieuse*, la phase *légale* et la phase *scientifique*[1].

§ XLVI. [1] C'est surtout Ferri qui a signalé, dans l'évolution du système probatoire, les quatre phases distinctes et caractéristiques, à peu près paral-

Digitized by Google

La phase *ethnique*, — pendant laquelle, dans les groupes primitifs, puis dans la cité elle-même, un droit criminel familial vit côte à côte avec un droit criminel interfamilial. A l'intérieur de la famille, le droit de punir se fonde, à la fois, sur la légitimité de la correction paternelle, sur l'utilité de l'intimidation et sur la nécessité de la défense sociale. D'une famille à l'autre, d'un groupe à un autre groupe, les relations se ressentent de l'hostilité primitive. Pas de culpabilité pour les actes de fraude ou de violence. On s'expose seulement et on expose sa famille à la loi du talion[2]. Dans ce régime, les preuves sont abandonnées à « l'empirisme des impressions personnelles »[3]. C'est le flagrant délit qui est la forme type de la procédure. Et le flagrant délit dispense de toute preuve. Il s'agit alors de le constater, de le prolonger, ou de le reconstituer.

La phase *religieuse*, — pendant laquelle les sentences sont rendues au nom des dieux : c'est aux dieux que l'exécution en est abandonnée dans les cas les plus graves, si bien qu'on fait intervenir la divinité, le « jugement de Dieu », pour désigner l'auteur d'un délit, comme on fait intervenir la

lèles aux phases successives du système pénal : *Sociologie criminelle* trad. Terrier, 1905), n° 76, p. 515. Voy. également : Tarde, *Philosophie pénale*, p. 425, et surtout, p. 478. « Il existe un lien, écrit M. Tarde, à chacune des phases de l'évolution judiciaire, entre la nature de la preuve qui donne le ton aux autres et les caractères que la peine tend à revêtir. J'ai distingué quatre espèces de preuves qui ont été ou commencent à être en honneur : les ordalies, la torture, le jury, l'expertise scientifique. Or, à la première, correspond une pénalité *expiatoire*, si bien que l'offrande d'une victime aux dieux dispensait parfois d'une exécution capitale. A la seconde, à la torture, correspond une pénalité essentiellement intimidante et exemplaire : roue, écartellement, bûcher, supplices plus atroces que jamais. A la troisième, à la preuve par la conscience du jury, correspond une pénalité douce et prétendûment correctionnelle. Enfin, à la quatrième, à la preuve par la science dogmatisée, par l'expertise, quelle est la pénalité qui va correspondre? N'est-ce pas une pénalité, avant tout *sanitaire* ».

[2] Voy. notamment en ce qui concerne les anciennes coutumes grecques : Gustave Glotz, *Études sociales et juridiques sur l'antiquité grecque* (Hachette, 1906), p. 3 à 9.

[3] Ferri, *op.* et *loc. cit.*

Digitized by Google

divinité pour punir le délinquant. Le jugement de Dieu, ou plutôt l'*ordalie*, c'est-à-dire le jugement par excellence, est une institution universelle[4]. A un certain degré de développement social et religieux, on est convaincu que le meilleur moyen de terminer un litige ou de résoudre une question de culpabilité, c'est d'exposer une au moins des personnes en cause, parfois même les deux, à quelque danger très grave et de forcer ainsi la divinité à prendre parti pour la justice. « Les ordalies, d'après Tarde[5], sont, en quelque sorte, les expertises divino-légales du passé ».

La phase *légale*, — où la loi fixe elle-même et d'avance les divers moyens de preuve, comme aussi le degré de preuve nécessaire ou suffisant pour décréter une peine. « C'est dans cette période que l'aveu du coupable est considéré comme la *reine des preuves* », et qu'on emploie, pour l'obtenir, ce mode d'interrogation qui a paru si naturel et si nécessaire qu'on l'a nommé « la question ».

La phase *sentimentale*, — dans laquelle, par un excès opposé, on délivre la conscience du juge et du juré de toute obligation concernant la preuve, en s'en rapportant à son intime conviction, c'est-à-dire à l'appréciation de sa conscience[6].

[4] Voy. Glotz, *op. cit.*, *L'Ordalie*, p. 69 à 97 : « De la France à la Polynésie, des régions scandinaves aux extrémités de l'Afrique, il n'est peut-être pas de pays au monde où, pour faire valoir son droit, ou pour faire reconnaître son innocence, on ne se soit soumis à une épreuve mortelle. Épreuve de l'eau chaude ou de l'eau froide, épreuve du feu ou du poison, il n'importe... L'idée qui se manifeste dans cette procédure redoutable et sacrée est clairement visible dans un rite préliminaire. Au moment suprême, ceux qui demandent au ciel d'intervenir, celui-là surtout dont le corps va être mis à l'épreuve, font une prière, appel direct et formel à la divine providence. Dans les sociétés où le sacerdoce appartient à une caste, c'est l'homme de Dieu qui s'avance pour l'invocation solennelle... Dans les sociétés qui n'ont pas de caste sacerdotale, c'est le patient ou la patiente qui se sert d'une formule analogue. » Voy. Kovalewsky, *Coutume contemporaine et loi ancienne*, p. 397, 398. Pour d'autres références : *suprà*, p. 15, note 6.

[5] *Philosophie pénale*, p. 426. Tarde ajoute : Les ordalies « correspondent à la phase mythologique de l'esprit humain, comme nos expertises actuelles commencent à correspondre à sa phase scientifique qui débute à peine ».

[6] Tarde (*op. cit.*, p. 427) voit, dans ce système, la conséquence d'une

Digitized by Google

La phase *scientifique*, — dans laquelle la preuve par excellence sera fournie par l'*expertise* et aura pour but la recherche et l'appréciation méthodiques des données expérimentales de nature à établir l'existence des faits délictueux et des divers facteurs individuels et sociaux qui l'ont produit. L'expert deviendrait le successeur du juré, et la direction scientifique de la preuve consisterait à étendre, régulariser, perfectionner et consacrer les fonctions judiciaires de l'expertise.

C'est à la troisième phase que se sont arrêtées les législations actuelles, avec une tendance, de plus en plus marquée dans la pratique judiciaire, à utiliser les moyens scientifiques pour arriver à la découverte prompte et sûre des criminels et à diminuer le nombre effrayant des crimes impoursuivis et des criminels ignorés [7].

« autre superstition, la foi optimiste à l'infaillibilité de la raison individuelle, du sens commun, de l'instinct naturel... ». Il appelle la preuve morale « la preuve par le jury », « la révélation présumée du vrai par la conscience non éclairée et non raisonnante ». « La preuve par le jury méritait d'être préconisée, ajoute-t-il, en un siècle où le verdict du sens commun, regardé comme la pierre de touche de la vérité, servait de fondement non à la philosophie purement écossaise seulement, mais à toute philosophie, et suggérait en France le dogme de la souveraineté populaire ».

[7] L'un de ces procédés scientifiques, celui qui a rendu le plus de services à la découverte, soit de l'identité des prévenus, soit de leurs antécédents, est le système de l'anthropométrie criminelle. La première idée de ce procédé est due à Quetelet, directeur de l'Observatoire et secrétaire perpétuel de l'Académie royale de Belgique, qui, en 1871, publia l'ouvrage intitulé : *Anthropométrie ou mesure des différentes facultés de l'homme.* Cette idée fut appliquée et utilisée par M. Alphonse Bertillon et le procédé d'identification qu'il a inventé et qui a eu une si grande fortune porte aujourd'hui le nom de son auteur, c'est le Bertillonage. Ce procédé a été inauguré, au Dépôt de Paris, en 1882. Des circulaires ministérielles étendirent la nouvelle méthode d'identification à toutes les prisons de la France, l'appliquèrent à tous les individus incarcérés (sauf les personnes arrêtées pour motifs politiques, celles incarcérées à la requête des familles, celles dont la notorieté publique est incontestable, les condamnés de simple police, pour délits de presse ou politiques : Circ. du 23 mars 1897) et organisèrent la centralisation, à Paris, de toutes les fiches signalétiques dressées dans les diverses prisons. Le système d'identification anthropométrique de M. Bertillon est actuellement adopté par tous les États de l'Europe, à l'exception de la Turquie. L'application de la photographie et du portrait parlé

Digitized by Google

249. Les deux principaux systèmes de preuve : celui qui n'est plus qu'un souvenir, le système des preuves légales; celui qui est actuellement en vigueur, le système des preuves morales, se sont succédé dans l'Europe moderne. Ils s'opposent l'un à l'autre comme deux types contraires.

Le premier consiste, non seulement, à organiser les moyens de rechercher et d'établir la culpabilité, ce qui est indispensable dans toute loi de procédure, mais à la tenir pour démontrée par la réunion de circonstances dont le concours entraîne forcément la conviction du juge, et, en l'absence desquelles il doit se déclarer non convaincu. Le second consiste à prouver un fait par tous les moyens propres à en établir l'existence, et à laisser le juge entièrement libre de déclarer que sa conviction est faite ou qu'elle ne l'est pas.

Aucune règle légale ne pouvant mesurer à l'avance la valeur de chaque preuve, la libre impression laissée, dans la conscience du juge, par l'instruction orale et contradictoire, en un mot par l'*intime conviction*, tel est le seul critère qu'une législation doit reconnaître quand elle a confiance dans les juges qu'elle institue[8].

est un complément précieux du signalement anthropométrique. Voy. Bertillon, *La photographie judiciaire* (Paris, 1890); Gross, *Manuel pratique d'instruction judiciaire* (trad. de Bourcart et Wintzweiller, 1899), t. 1, p. 280 à 316; Reiss, *La photographie judiciaire* (Paris, 1903). Voy. égal. *Rev. pénit.*, 1904, p. 1243. Ferri a recommandé l'usage du sphymographe pour connaître, d'une manière positive, par le tracé de la circulation du sang, les émotions internes du prévenu, malgré son impassibilité apparente (Expériences de laboratoire faites par Lombroso, *Uomo delinquente*, 5e éd., p. 328 et 329, p. 601 à 610), l'emploi de l'hypnotisme comme révélateur de la vérité, l'usage de la sténographie pour recueillir les débats, etc. Sur l'utilisation des moyens scientifiques pour prouver le délit : Tarde, *Philosophie pénale*, p. 450 et 451. Voy. du reste, *infrà*, § XL. *La criminalistique*, nos 290 et suiv.

[8] Ferri a beau qualifier ce régime d'une épithète qui tend à laisser croire que le législateur fait du « sentiment » en l'organisant : à moins de le remplacer par un système de *preuves légales, scientifiques*, c'est-à-dire de substituer l'*expert* au *juré*, on ne voit guère quel système pourrait le remplacer. « Il n'y a pas de loi, dit Faustin Hélie, qui puisse commander ou régler la certitude; elle est, comme la pensée, essentiellement libre et indé-

Digitized by Google

Mais il est nécessaire de poser des règles légales pour déterminer, soit les procédés de recherche des preuves dans l'instruction préparatoire, soit les procédés d'administration des preuves dans l'instruction définitive. C'est à l'étude de cette double réglementation que se ramène, aujourd'hui, du moins en principe, la théorie des preuves en matière criminelle.

Ainsi, l'autorité pénale est libre, pour former sa conviction, de croire ou de ne pas croire à la preuve fournie, mais elle est assujettie à des règles fixes dans la méthode à employer pour rechercher, recueillir et administrer la preuve.

Tels sont les deux principes que nous allons développer.

250. Le système qui consiste à prouver un fait judiciaire, comme un fait de toute autre nature, en recherchant, sans plan préconçu et sans entrave, tout ce qui peut l'établir, est le système le plus naturel, car il se rapproche de la marche que nous suivons instinctivement pour découvrir la vérité[9]. La procédure romaine, si formaliste sous tant de rapports, s'adaptait, en ce qui touche la preuve, à ce concept naturel, et, jusqu'au Bas-Empire, les règles qui, ailleurs, enchaînaient la conviction du juge, étaient à peu près inconnues[10].

pendante de tout pouvoir extérieur ». Du reste, dans la question du régime de la preuve, se trouve engagée la question du jury, ainsi que Tarde l'a démontré dans sa *Philosophie pénale*, p. 435 et suiv. L'éminent criminaliste, que je viens de citer, qui est un admirateur du jury, est aussi le défenseur convaincu de ce régime de preuve. Voy. *Instr. cr.*, t. 4, nos 1771 à 1774.

[9] Voy. Bentham, *Preuves judiciaires*, liv. Ier, chap. III.

[10] On a souvent cité, sur ce point, un rescrit d'Adrien rapporté dans la loi 7, § 1, Dig., *De testib.* : « *Quæ argumenta et ad quem modum probandae cuique rei sufficiant, nullo satis certo modo definire potest. Sicut non semper, ita sæpe sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur. Alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua queritur, fidem. Hoc ego solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere; sed ex sententia animi tui te æstimare oportere, quid, aut credas, aut parum probatum tibi opinaris.* » La théorie des preuves légales se trouve cependant en germe dans les écrits des jurisconsultes. Voy.

Digitized by Google

Mais ce régime de preuve paraît incompatible avec l'esprit des juges de profession. Le développement du système contraire, a coïncidé, en effet, partout, avec l'apparition et le progrès de l'institution de juges professionnels et permanents[11]. Aussi le voyons-nous prendre naissance au Bas-Empire, lorsque l'abolition de l'ancien *ordo judiciorum* eut attribué au magistrat le pouvoir judiciaire tout entier. Il reparaît et se développe, dans l'Europe moderne, à partir du jour où les juristes remplacèrent les *hommes jugeurs*[12]. L'ordonnance criminelle de 1670 ne contenait point l'exposé des règles minutieuses et compliquées du système des preuves légales : la théorie en avait été faite par la doctrine, et elle avait fini par s'imposer à l'égal de la loi. Aux XVI^e^ et XVII^e^ siècles, le système était complètement arrêté, et il subsista tant que dura la procédure inquisitoire. Il importe d'en exposer les grandes lignes, en prenant pour guide les auteurs qui ont écrit sur notre ancien droit criminel dans le courant du XVIII^e^ siècle[13].

251. Les quatre modes de preuves que nous distinguons encore aujourd'hui : l'*aveu* ou preuve vocale, les *témoignages* ou preuve testimoniale, les *écrits* ou preuve instrumentale, et les *présomptions* ou preuve conjecturale, étaient alors classés et hiérarchisés suivant leur importance. On recher-

Faustin Hélie, *op. cit.*, p. 403. On consultera également le Rapport fait par M. le comte Portalis à l'Académie des sciences morales et politiques sur deux mémoires traitant de la preuve en matière criminelle (*Rev. de légis. et de jurispr.*, 1840).

[11] Voy. sur ce point : Bonnier, *op. cit.*, n° 131 ; Esmein, *op. cit.*, p. 260 et 261.

[12] Il importe de remarquer, du reste, que, dans l'institution des *cojuratores* et la coutume des épreuves judiciaires, on trouve les premiers germes de la preuve légale. Voy. Faustin Hélie, *Instr. cr.*, t. 4, n° 1764.

[13] Notamment, Muyart de Vouglans qui a consacré à la théorie des preuves la sixième partie de ses *Institutes au droit criminel*, p. 303 à 354. Comp. Jousse, *op. cit.*, t. 1, p. 654 à 837. Mais en dehors d'un exposé des règles légales, on trouvera, dans les écrits des légistes des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles, les appréciations d'une philosophie et d'une psychologie des plus fines et des plus vraies sur les aveux, les témoignages, les indices. C'est de la bonne psychologie judiciaire.

Digitized by Google

chait, avant tout, une *preuve complète*, qui seule permettait de prononcer une condamnation capitale; car c'est là le type de procès que l'on suppose toujours, les crimes capitaux constituant, suivant nos anciens auteurs, le fond même du droit pénal[14]. Pour les accusations moins graves, on se relâchait, en effet, des exigences du système.

Les criminalistes du temps avaient finement analysé et décomposé, la marche logique qui consistait à démontrer, pour arriver à la conviction de l'accusé, ces deux choses : la *réalité* du crime, la *culpabilité* de l'auteur.

I. Établir le premier point, c'était rechercher et constater le *corps du délit*[15].

On distinguait, à cet égard, deux sortes d'infractions. Les premières étaient celles qui laissent des traces matérielles, « *delicta facti permanentis* », telles qu'un homicide, un incendie. Dans ce cas, le premier devoir du juge était de constater ces traces. Il le faisait, soit par lui-même, en dressant des procès-verbaux de constat, soit au moyen de rapports de médecins, chirurgiens et experts[16]. L'ordonnance de 1670 avait soigneusement réglé cette matière[17], et, ce qui peut paraître étonnant, c'est que la jurisprudence reconnais-

[14] La plupart des crimes étaient punis ou pouvaient être punis de la peine capitale. « Comme il n'y a aucune loi, disait Poullain du Parc, *op. cit.*, t. 11, p. 112 et 113, qui puisse autoriser la peine de l'innocent, il faut, sur quelque crime que ce soit, une preuve complette, pour prononcer une peine capitale, et cette preuve ne peut être faite que dans les formes prescrites par la loi... » Et ailleurs, p. 116 : « Dans les accusations qui ne sont pas capitales, il est évident qu'il ne faut pas des preuves aussi fortes... Mais lorsqu'il n'y a que de forts indices, leur force ne peut déterminer qu'à des peines pécuniaires, si le juge ne se porte pas au renvoi *quousque*, c'est-à-dire au *plus amplement informé*. » Conf. Jousse, *op. cit.*, t. 1, nos 432 et 433, p. 833.

[15] Voy. Muyart de Vouglans, *Inst.*, p. 508.

[16] L'inspection du corps du délit par les hommes de l'art est d'un usage très ancien. Voy. Esmein, *op. cit.*, p. 267; Edmond Locard, *La médecine judiciaire en France au* XVIIe *siècle* (Th. doct. méd. Lyon, 1902), *passim*.

[17] Tit. IV et V. Le tit. IV, intitulé : « *Des procès-verbaux des juges* »; le tit. V, « *Des rapports des médecins et chirurgiens* ».

Digitized by Google

sait à l'accusé le droit de demander une contre-expertise[18]. En principe, aucune autre preuve, en dehors des *constats* par le juge ou par experts, n'était admise pour établir le *corps du délit*, sauf dans des cas exceptionnels où il était impossible de procéder ainsi[19]. Et on en concluait que l'aveu de l'accusé ne faisait preuve contre lui que si le corps du délit avait été précédemment établi par d'autres moyens[20]. Les infractions de la seconde espèce étaient celles qui ne laissent aucune trace durable, « *delicta facti transeuntis* », par exemple les injures verbales. Dans ce cas, la preuve du corps du délit ne pouvait être séparée de la preuve de la culpabilité. Elle ne se faisait donc pas distinctement et préalablement.

II. Les preuves, dans leur emploi à la démonstration de la culpabilité, étaient classées, suivant leur degré d'énergie, en *preuves complètes*, en *indices prochains*, en *indices éloignés*. Le juge devait se borner à spécifier les aveux, les témoignages, les présomptions et les indices, c'est-à-dire les éléments de preuve qui se rencontraient dans la cause : chacun de ces éléments avait, suivant les circonstances, une valeur légale; et cette évaluation s'imposait au juge, quelle que fût sa conviction personnelle.

252. La *preuve par témoins* était considérée comme la preuve par excellence au criminel; mais, pour être *complète*, elle devait remplir certaines conditions, difficilement réalisables : 1° Il fallait d'abord qu'on pût trouver deux témoins idoines, déposant du même fait[21]. Sans doute, un témoignage

[18] L'accusé « peut demander la permission de faire faire une contre-visite à ses frais par d'autres chirurgiens, ce qu'il obtient aisément sur sa requête, pourvu qu'elle soit présentée peu de jours après la première visite ». Muyart de Vouglans, *Inst.*, p. 226.

[19] Voy. Muyart de Vouglans, *Inst.*, p. 308 et 309 et Poullain du Parc, *op. cit.*, t. 11, p. 81.

[20] Voy. Jousse, *op. cit.*, t. 1, n° 20, p. 661. C'est encore le système du Code de procédure pénale de New-York, § 395 (Trad. Fournier, note, p. 218 et 219).

[21] C'était une règle de tradition : « *Testis unus, testis nullus* » ou, comme

Digitized by Google

isolé n'était point considéré comme sans valeur, mais il ne permettait pas d'asseoir une condamnation capitale[22]. 2° Il fallait, en outre, que les deux témoins fussent des témoins oculaires. Les témoins *par ouï-dire* (*testes ex auditu alieno*), ceux qui déclaraient « avoir entendu les menaces de l'accusé et les cris d'un mourant » (*testes ex auditu proprio*), ceux dits *testes ex parte accusati*, qui affirmaient avoir reçu de l'accusé l'aveu de son crime, ne pouvaient, quel que fût leur nombre, former une preuve complète. 3° Les témoins devaient être *affirmatifs*. S'ils s'exprimaient sous cette forme dubitative : « Si je ne me trompe... » « Si je m'en souviens bien... » « Il peut se faire », ils étaient dits *vacillants*, et leurs déclarations n'avaient même pas la valeur d'un indice. 4° Les dépositions devaient être identiques dans les trois interrogatoires subis par les témoins, au début de l'information, au récolement et à la confrontation. 5° Enfin, les témoins ne devaient être, ni *reprochables*, ni *reprochés*. A ce point de vue, l'ancienne procédure, tout en cherchant à entraver l'usage du droit de reproche, en avait multiplié et même exagéré les causes.

Deux témoignages parfaits, quand ils se rencontraient, entraînaient inévitablement la condamnation, car ils enchaînaient la conviction du juge[23].

253. Après la preuve testimoniale, venait la *preuve écrite*, plus rare évidemment que la première. Les juristes, après

disait Loysel : « *Voix d'un, voix de nun* ». Paul Viollet, dans son *Histoire du droit civil français* (Paris, 1893), p. 30, a démontré que cette règle qui « a dominé toute la matière des témoignages et des enquêtes pendant tout le moyen âge et jusqu'aux temps modernes », dérive incontestablement de l'Évangile. Elle est formulée dans saint Jean et dans saint Mathieu (S. Jean, VIII, 17). « Et nous pouvons affirmer, ajoute Viollet, que cette règle des deux témoins, constante au moyen âge, conservée au XIX^e^ siècle dans quelques législations des États-Unis d'Amérique, est d'origine hébraïque ».

[22] Jousse, *op. cit.*, t. 1, p. 663 et 695.

[23] Jousse, *op. cit.*, t. 1, p. 673. La preuve « que l'on regarde comme la plus certaine est celle qui résulte du témoignage de deux ou de plusieurs personnes qui ont vu commettre le crime ».

Digitized by Google

quelques hésitations, avaient fini par reconnaître que ce mode de preuve devait être employé dans certains crimes qui ne peuvent guère être établis que par écrit, « parce qu'ils consistent principalement dans la pensée, tels que l'hérésie, la confidence, la conjuration envers le prince, l'usure, la subornation de témoins »; et que, pour d'autres, tels que le faux, la preuve testimoniale et la preuve instrumentale pouvaient concourir. Mais, dans tous les cas où l'écriture était admise, pour qu'elle formât une *preuve complète*, il fallait : 1° qu'elle fût précise sur le fait du crime; 2° qu'elle fût authentique, ou, si l'écrit était sous signature privée, qu'il fût reconnu par l'accusé. Jamais une vérification d'écriture ne pouvait fournir une preuve complète. On se défiait, avec raison, de l'art si conjectural des experts en écritures[24].

254. La preuve complète pouvait encore être fournie par des *présomptions*, considérées comme invincibles, pourvu, bien entendu, que les faits, sur lesquels elles étaient basées, fussent eux-mêmes régulièrement établis[25]. Dans ce cas, des indices, conduisant à des conjectures, étaient doués d'une force de conviction irrésistible.

Il était généralement admis que l'*aveu* ne formait pas une preuve complète : *Nemo auditur perire volens.* Il fallait que, à la confession, s'ajoutassent des indices prochains ou la déposition d'un bon témoin[26].

[24] Au point de vue conjectural de l'art des experts en écritures, nos anciens auteurs sont unanimes. Voy. Muyart de Vouglans, *op. cit.*, p. 330; Rousseaud de Lacombe, *Matières criminelles*, p. 371. Cfr. Poullain du Parc, t. 11, p. 191 et suiv.; Jousse, *op. cit.*, t. 1, p. 743.

[25] En voici un exemple qui nous est fourni par Muyart de Vouglans (*op. cit.*, p. 346) : « Lorsqu'en fait de meurtre, deux témoins irréprochables déposent avoir vu l'accusé, qui avait l'épée nue et ensanglantée à la main, sortir du lieu, où, quelque temps après, le corps du défunt a été trouvé blessé d'un coup d'épée ». Toutefois, cet indice est très prochain, très véhément, mais non pas manifeste, car on pourrait établir qu'il y a eu suicide, par exemple.

[26] On lira dans Esmein, *op. cit.*, p. 272 à 275, les discussions qui avaient eu lieu, entre nos anciens auteurs, sur cette question de l'énergie de l'aveu

Digitized by Google

255. Les *indices prochains*, appelés, par quelques juristes, des *demi-preuves*, ne pouvaient, par eux-mêmes, motiver la condamnation capitale de l'accusé. Mais ils formaient, en s'ajoutant à l'aveu *volontaire* ou *forcé*, une preuve complète. Le principal effet des indices prochains, dans les accusations graves, était donc de permettre l'application de la *question*, de sorte que la théorie d'après laquelle une condamnation capitale ne pouvait être assise que sur une preuve complète, théorie, en apparence si favorable à l'accusé, aboutissait à rendre la torture presque inévitable : la question « devenait, comme on l'a dit, le complément indispensable de ce système de preuve[27] ».

Les faits, constituant des indices prochains, furent toujours laissés, par les ordonnances, à l'arbitraire du juge. Cependant, certaines règles avaient été tracées par la jurisprudence. Ainsi, parmi les demi-preuves, figurait d'abord la preuve testimoniale ou écrite imparfaite, la déposition d'un témoin oculaire unique, ou une écriture vérifiée par expert, ou l'aveu extrajudiciaire de l'accusé, lorsque, dénié par lui, il était attesté « par deux bons témoins ». Puis, les présomptions fondées sur les indices, soit généraux, soit spéciaux à certains crimes.

256. Tous les indices prochains permettaient, en principe, l'application de la torture. Cependant, pour un assez grand nombre de cas, il fallait y joindre tout au moins un *indice éloigné*. C'était à ce point de vue qu'intervenait, comme soutien du procès, cette troisième classe d'indices, comprise sous le nom d'*adminicules*. Muyart de Vouglans, en précurseur

judiciaire. Voy. également sur ce point : Bonnier, *op. cit.*, n° 365. Jousse, *op. cit.*, t. 1, n° 660, affirme cependant que la preuve est complète lorsqu'elle est fondée sur « la confession pure et simple de l'accusé ».

[27] Certains juristes prétendaient qu'on pouvait additionner les indices. Mais on se refusait généralement à admettre cette combinaison. « La semi-preuve, disait Poullain du Parc (*op. cit.*, t. 11, p. 116), n'a rien de plus concluant qu'une demi-vérité, et par la même raison que deux incertitudes ne peuvent opérer une certitude, deux semi-preuves ne peuvent pas non plus opérer une preuve complète ».

Digitized by Google

des anthropologistes modernes, donne, comme exemple de *signes* de culpabilité de ce genre, « la mauvaise physionomie de l'accusé ». On voit qu'il fallait peu de choses, pour constituer un indice éloigné.

257. En résumé, ce qui caractérisait théoriquement le système des preuves légales dans notre ancien droit, c'est qu'on ne pouvait condamner à mort que s'il y avait une preuve complète, et qu'une preuve n'avait ce caractère qu'à certaines conditions exceptionnelles, très difficiles à réunir.

Cette tyrannie de la preuve obligeait les juges à se procurer, par tous les moyens, *per fas et nefas*, un aveu du coupable. Dans ce but, la coutume organisait deux procédés : l'*interrogatoire* secret, où l'accusé, sans défense, devait jurer de révéler la vérité et par lequel on obtenait l'*aveu* dit *volontaire*, et la *question*, par laquelle on obtenait la *confession forcée*. Ainsi, le système des preuves légales, d'abord introduit dans l'intérêt de l'accusé et comme un contrepoids nécessaire à l'absence de garanties résultant, soit de la composition du tribunal par des juristes de profession, soit de la procédure inquisitoire et secrète, devait aboutir fatalement à la torture. Et le maintien, jusqu'à la Révolution, de cette grande iniquité, est dû, il n'en faut pas douter, à ce que la conviction du juge ne pouvait presque jamais être obtenue sans l'aveu du coupable[28].

Le motif certain de l'emploi de la torture qui se répandit, par une contagion singulière, à partir du XII^e^ siècle, dans toute l'Europe, et dont le foyer primitif a été ce coin de l'Italie où l'école de Bologne exhuma le droit romain, fut partout que, « d'un côté, on ne croyait plus aux ordalies et aux cojureurs, et que, d'autre part, on ne voulait pas prononcer une condamnation sur des indices seulement, quelle que fût leur force ». Ce qu'il fallait aux juges d'alors, c'est

[28] Voy. Despeisses, *Œuvres*, t. 2, p. 713, n° 10; Aug. Nicolas, maître des requêtes au Parlement de Bourgogne, *Si la théorie de la torture est un moyen de vérifier les faits*, Amsterdam, 1682.

Digitized by Google

l'aveu à tout prix, ou la preuve de l'impossibilité d'avoir l'aveu[29].

Du reste, si l'inculpé résistait à cet effroyable moyen d'arracher sa confession, si on n'avait pu « rien gagner sur lui », il ne faudrait pas croire qu'il en fût quitte avec la justice du temps. On suspendait le procès, ou on lui appliquait une peine extraordinaire.

258. L'institution du jury, l'abolition de la torture devaient entraîner la ruine du système des preuves légales[30]. Cependant, par une combinaison, en apparence excellente, certains législateurs de l'Assemblée constituante auraient désiré joindre, aux avantages des anciens usages, le bienfait de principes nouveaux. Ils proposèrent de donner à la loi la charge de déterminer quelles preuves il faudrait réunir pour asseoir une condamnation; mais ils voulaient ne jamais obliger les juges, quelles que fussent les charges, à condamner un accusé contre leur intime conviction. C'était là un système ingénieux, qui prétendait réunir « la confiance qui est due

[29] On lira sur la torture, son origine, son histoire, ses causes, les observations intéressantes de Tarde, *Philosophie pénale*, p. 429 à 433. Jousse, *op. cit.*, t. 1, p. 689 à 694, fait la théorie « de la confession des accusés à la question, ou torture ». Ses premiers mots jugent le procédé au point de vue de l'aveu : « On peut regarder comme une règle générale, que la question est un moyen dangereux pour obliger un témoin de déclarer la vérité. On trouve en effet, dans l'histoire, plusieurs exemples de personnes, qui, par la force des tourments, ont confessé des crimes qu'ils n'avaient pas commis ». En conséquence, « l'aveu fait par un accusé dans les tourments, ne faisait pas une preuve suffisante chez les Romains, non plus que parmi nous, quand il n'y avait point d'ailleurs d'autre preuve ». Mais « la confession faite par un accusé à la question qui est ensuite par lui ratifiée, lorsqu'il est libre et hors des tourments, forme contre lui une preuve complète ». Jousse discute ensuite le cas où l'aveu provoqué par la torture est rétracté, et le cas où la torture est donnée à la suite d'une procédure nulle : « Si la procédure est nulle, la confession faite par l'accusé à la question ne la fait pas valider ».

[30] Les philosophes du XVIIIe siècle avaient attaqué la preuve légale. Beccaria (*Des délits et des peines*, ch. VII et VIII), démontre que la certitude ne peut être renfermée dans la règle d'une preuve scientifique. Filangieri (*Science de la législation*, liv. 3, ch. XV) affirme que la certitude ne peut résider que dans la conscience du juge.

Digitized by Google

aux preuves légales et celle que mérite la conviction intime du juge[31] ». Mais combien eût été illusoire, avec l'institution du jury, un système, déterminant, par des prescriptions légales, les preuves nécessaires pour condamner? De deux choses l'une en effet : ou bien le jury, n'ayant pas à motiver sa décision, aurait toujours pu se soustraire à cette obligation; ou bien, s'il avait cru devoir la respecter, il aurait pu y trouver un prétexte commode pour des acquittements injustifiés. Aussi le législateur déclara formellement qu'il répudiait le système des preuves légales et ne s'en rapportait qu'à l'intime conviction des jurés[32]. Cela fut indiqué dans la formule du serment qui leur était imposé : « Vous jurez... de vous « décider d'après les charges et les moyens de défense, et « suivant votre conscience et votre intime conviction, avec « l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme « libre[33] ». Ailleurs, il était dit, dans la loi du 16 septembre 1791[34] : « L'accusé pourra faire entendre des témoins pour « attester qu'il est homme d'honneur et de probité et d'une « conduite irréprochable; les jurés auront tel égard que de « raison à ce témoignage ». Et l'instruction du 29 septembre 1791 précisa le principe de la preuve morale en ces termes : « C'est particulièrement sur l'instruction et le débat qui ont « eu lieu en leur présence que les jurés doivent asseoir leur « conviction personnelle; car c'est de leur conviction person-

[31] C'est la formule dont se servit Robespierre dans la séance du 4 janvier 1891 (*Moniteur* du 5). On n'a peut-être pas assez remarqué que l'idée de cette combinaison a été reprise par le criminaliste italien Ellero, dans sa brochure sur la *Critica criminale,* imprimée dans ses *Trattati criminali.*

[32] L'Assemblée constituante fut saisie de la question par le rapport que fit Duport, à la séance du 26 décembre 1790, au nom des comités de constitution et de jurisprudence criminelle. Le projet proposait de supprimer, devant le jury, toute preuve écrite et de ne donner à sa déclaration d'autre fondement que sa conviction intime fondée sur le débat oral. Faustin Hélie (*Instr. cr.,* t. 4, n° 1768, p. 336 à 340), a rapporté les principaux passages de la discussion qui eut lieu à ce sujet. Le projet du comité fut adopté dans la séance du 18 janvier 1791.

[33] L. 16 septembre 1791, 2e part., tit. 7, art. 24.

[34] 2e part., tit. 7, art. 14.

Digitized by Google

« nelle qu'il s'agit ici; c'est elle que la loi leur demande « d'énoncer, c'est à elle que la société, que l'accusé s'en « rapportent ». Dans le Code du 3 brumaire an IV (art. 372), la théorie des preuves morales fut maintenue avec plus de fermeté encore : une longue instruction, destinée surtout à la rappeler aux jurés, devait leur être lue par le président et affichée dans leur salle de délibérations.

Cette instruction a passé, avec le même caractère, dans le Code d'instruction criminelle de 1808, où elle forme la disposition même de l'article 342 : « La loi ne demande pas « compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont con- « vaincus; elle ne leur prescrit point de règles desquelles « ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et « la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger « eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de cher- « cher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impres- « sion ont faites, sur leur raison, les preuves rapportées contre « l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit « point : *Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou « tel nombre de témoins;* elle ne leur dit pas non plus : *Vous « ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve « qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles « pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices;* elle ne leur « fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure « de leurs devoirs : *Avez-vous une intime conviction?* »

259. La preuve de conviction est donc née avec le jury et elle semble en être inséparable[35]. Mais la formule, toute

[35] Personne ne l'a mieux démontré que Tarde, dans une page qu'on me permettra de transcrire (*Philosophie pénale*, p. 433) : « Le jury ne procède nullement des forêts germaines; il est né, en 1211, comme l'ont démontré Du Boys et d'autres auteurs (*Hist. du droit crim. de la France*, t. 2, p. 555 et suiv.), de l'embarras qu'ont éprouvé les juges itinérants d'Angleterre pour se passer des ordalies que le Concile de Latran venait d'interdire. Tandis que, sur le continent, l'idée de la torture est venue s'offrir à propos, les Anglais ont imaginé, avec infiniment plus de sagesse sans nul doute, de rassembler douze voisins de l'inculpé, quand il n'avouait pas et de considérer « leur *conviction* relativement à l'existence et à l'auteur du crime »,

Digitized by Google

imprégnée de lyrisme révolutionnaire, qui est devenue l'article 342 du Code d'instruction criminelle, a donné naissance à bien des erreurs sur les droits et les devoirs du jury. Ce qui semble s'en dégager, c'est la sensation d'un pouvoir arbitraire, pour résoudre la question la plus redoutable qui puisse être posée à des hommes. Le juré paraît placé au-dessus de la loi et autorisé à juger sur une *impression*. C'est à

comme l'équivalent du jugement de Dieu. C'était d'autant plus naturel que, depuis longtemps, l'embryon du jury, sous le nom de *preuve par le pays*, existait dans le système accusatoire des Anglais; et cette preuve y était mise sur le même rang que la *preuve par bataille*. Entre les deux, l'accusé avait le droit de choisir. L'équivalence des ordalies et du jury est attestée par là. Il faut songer qu'à cette époque on était porté à croire le Saint-Esprit présent dans toute réunion un peu solennelle de chrétiens; un jury pouvait paraître une espèce de concile, divinement inspiré. Il était destiné à procurer, lui aussi, l'illusion de la certitude. Une présomption d'infaillibilité oraculaire était attachée, par la foi religieuse, comme plus tard par la foi philosophique et humanitaire, à des décisions non motivées. Dès son origine, du reste, on le voit, le verdict n'a été, comme de nos jours encore, qu'un acte suprême d'information, un *constat* de faits, non un jugement proprement dit... Les jurés anglais étaient si bien considérés comme de simples témoins, primitivement, que jusqu'à Édouard III, au XIV^e^ siècle, aucun témoignage ne pouvait être produit devant eux, et de nos jours encore, en Angleterre, quand l'accusé avoue, le jury est incompétent, parce qu'alors la preuve est faite. C'est parce que le juré est une espèce de témoin inspiré qu'on ne lui a jamais demandé de motiver un verdict et qu'on repousse même cette idée autant qu'on repousserait celle d'un arrêt sans motifs... Au début de la Révolution française, la France s'est trouvée dans un embarras analogue à celle des *justitiarii itinerantes* de 1215; la torture venant d'être supprimée, il s'agissait de la remplacer ». On a donc importé le jury anglais et cela sciemment. Les cahiers de 1789 avaient réclamé le jugement par jurés en matière criminelle; ils recommandaient qu'on étudiât les institutions anglaises. Dans la discussion devant l'Assemblée constituante du système de preuve devant le jury, Thouret a nettement exprimé ces idées : « L'écriture des preuves est incompatible avec l'établissement des jurés. La nécessité de cette écriture ultérieure, la moralité qui fait du jury *le moyen le plus voisin de l'infaillibilité*, et qui conduit, au milieu des débats entre les témoins et l'accusé, à *un degré de conviction tel qu'il est impossible à la raison humaine d'aller plus loin...*, la conviction du juré, voilà la loi que le juré doit suivre... La conviction morale subjugue tout quand elle est ressentie; elle ne peut être, ni commandée, ni inspirée, c'est le véritable criterium de la vérité humaine ».

Digitized by Google

cette formule, plus encore qu'au régime de la preuve morale, qu'il faut faire remonter la fausse doctrine de l'*omnipotence* du jury.

Le système des preuves légales, qui a régi l'Europe moderne jusqu'à la fin du XVIII[e] siècle, a disparu partout, et les quelques vestiges qui en subsistent s'effacent peu à peu[36]. C'est à peine si l'on peut citer, à titre de curiosité archéologique, les dispositions du Code de procédure pénale du canton du Valais du 29 novembre 1848 qui consacrent encore et réglementent minutieusement la preuve légale[37]. Cette « législation fossile » est une exception unique! Mais, dans les droits anglo-saxons, où le système accusatoire est toujours en vigueur, et où la marche de la preuve est la même en matière civile et en matière criminelle, deux traits caractéristiques du régime de la preuve doivent être relevés[38]. Le premier, déjà signalé, est la règle qui oblige l'accusé à prendre parti sur son système de défense au début même de sa comparution, et de plaider coupable ou non coupable. Et lorsqu'il avoue ou plaide coupable, l'accusé doit prouver tous les moyens qu'il oppose à l'accusation. Car, à ce second point de vue, la procédure contradictoire place les parties sur la même ligne, et, en opposant un moyen de défense, l'accusé devient demandeur au procès : *reus excipiendo fit actor.*

§ XLVII. — DE LA PREUVE MORALE OU DE CONVICTION.

260. Le régime de la preuve de conviction gouverne toute la procédure répressive et s'applique aux tribunaux correctionnels ou de police comme aux cours d'assises. — **261.** Il existe, cependant, en ce qui touche l'adaptation de ce régime

[36] Ainsi l'article 326 du Code de procédure pénale autrichien de 1873 reproduit mot pour mot notre article 342.

[37] Voy. sur ce point : A. Gautier, *Le débat criminel et les essais actuels de réforme* (*Rev. pén. suisse*, 1899, p. 316, note 3).

[38] Comp. Fournier, *Code de procédure criminelle de l'État de New-York, Introduction*, p. CXI et suiv. et *Code*, § 392, p. 209 et suiv. et la note 1. Sur le droit anglais on lira : Herbert Speyer, *Les règles de la preuve en droit pénal anglais* (*Law of evidence*), *Rev. de droit int. et de législation comparée*, 1898, p. 478; Esmein, *Rev. polit. et parlem.*, 1898, t. XVIII, p. 346.

Digitized by Google

de preuve, trois différences entre la procédure criminelle et la procédure correctionnelle ou de police. — **262.** La première différence résulte de ce que les tribunaux correctionnels ou de police doivent motiver la condamnation ou l'acquittement, c'est-à-dire indiquer les raisons pour lesquelles ils se décident, tandis que la cour d'assises juge, à cet égard, sans donner de motifs. — **263.** La preuve ne dépend pas de la nature de la juridiction devant laquelle une question se pose, mais de la nature de la question elle-même. Exemple pour l'interdiction de la preuve testimoniale. Mais ce qui est vrai des juridictions composées de professionnels, ne l'est pas du jury. L'article 342 s'applique dans toute son étendue, quelle que soit la question posée. — **264.** Le régime des preuves de conviction est limité, même en matière répressive, par un certain nombre d'exceptions. Procès-verbaux qui font foi jusqu'à inscription de faux ou jusqu'à preuve contraire. Preuve de l'adultère vis-à-vis du complice. — **265.** Mais si la preuve n'a pas une valeur morale imposée par la loi, les règles de son administration sont réglementaires. Buts que poursuit la loi dans cette réglementation. Pouvoir discrétionnaire du président de la cour d'assises.

260. Il résulte de l'article 342 du Code d'instruction criminelle que, pour les jurés, aucun mode de preuve n'a par lui-même une force légale susceptible de déterminer leur conviction : les jurés ne doivent pas nécessairement faire dépendre leur verdict de telle ou telle preuve qui a été rapportée; leur devoir est d'examiner l'ensemble de l'instruction qui s'est déroulée devant eux, et de se demander ensuite, dans l'intimité de leur conscience, s'ils ont la conviction de la culpabilité de l'accusé. Cette disposition, bien qu'écrite pour les *jurés*, s'applique à *tous les juges* de répression. Elle gouverne, en effet, le régime et le système de la preuve en matière répressive, et domine, en dehors des exceptions que nous ferons connaître, la procédure pénale tout entière. Aussi la Cour de cassation a constamment jugé : 1° qu'*en matière correctionnelle* ou *de police*, lorsque la preuve du délit ou de la contravention ne résulte pas nécessairement des constatations d'un procès-verbal, les juges peuvent puiser leur conviction dans tous les éléments de la cause; 2° que la *liberté d'appréciation* du tribunal ne trouve de limite que dans la nécessité de soumettre les éléments de preuve à une discussion orale et contradictoire [1].

§ XLVII. [1] Jurisprudence constante. Voy. notamment : Cass., 10 juill. 1863 (D. 63. 1. 483); 5 juill. 1889 (*B. cr.*, n° 244); 18 févr. 1892 (D. 92. 1. 471); 9 janv. 1904 (D. 1904. 1. 625). « La preuve en matière criminelle, dit

Digitized by Google

261. Il y a lieu, cependant, de constater que le régime des preuves de conscience, bien que général en matière pénale, ne s'adapte pas de la même manière à la procédure criminelle et à la procédure correctionnelle ou de police. Trois différences doivent être relevées.

262. Une première différence résulte de l'obligation qui incombe aux juridictions de police, simple ou correctionnelle, de *motiver leurs décisions,* obligation dont la cour d'assises est affranchie.

I. Le jury émet, en effet, des *déclarations :* il répond, par *oui* ou par *non*, aux questions qui lui sont posées. Quant à la cour, elle solutionne le procès pénal en se référant au verdict du jury qui s'impose à elle et dont elle tire simplement les conséquences.

Or, un jugement, un arrêt, une décision doit être motivé; cela est de son essence; c'est la garantie la plus élémentaire

« la Cour de Chambéry, dans un arrêt du 10 déc. 1875 (D. 77. 2. 14), n'est « assujettie à aucune forme systématique, et la conscience des juges, affran- « chie de toute entrave, peut librement former sa conviction, en la puisant « dans tous les documents de la cause, pourvu qu'ils aient été soumis à une « discussion orale et contradictoire. Ce principe général ne cesse pas d'être « applicable aux matières correctionnelles, à l'égard desquelles le juge con- « serve, sauf des exceptions qui confirment la règle, la même latitude d'ap- « préciation ». La formule que répète l'arrêt de la Cour de cassation du 9 janv. 1904 et qui se trouve déjà dans l'arrêt du 5 juillet 1889, c'est que « les juges correctionnels peuvent former leur conviction sur tous les élé- « ments versés aux débats et soumis à la libre discussion des parties ». Nec *obstant* les articles 154, 155, 156 et 189 du Code d'instruction criminelle. L'article 189 porte que « la preuve des délits correctionnels se fera de la « manière prescrite aux articles 154, 155 et 156 concernant les contraven- « tions de police ». Les délits et les contraventions sont donc prouvés : 1° soit par procès-verbaux et rapports ; 2° soit par les témoins, à défaut de rapports ou procès-verbaux ou à leur appui. Mais si, dans ces articles, le législateur a spécifié certains modes de preuve, il n'en a exclu aucun. De plus, il n'a pas mesuré la valeur de tel ou tel mode de preuve. Par conséquent, devant les tribunaux correctionnels et les tribunaux de police, la preuve n'est assujettie à aucune forme systématique et les juges peuvent puiser leur conviction dans tous les éléments de la cause. Voy. du reste, sur la question, au point de vue juridique comme au point de vue philosophique : Faustin Hélie, *Traité de l'instr. crim.*, t. 4, nos 1777 et 1778.

Digitized by Google

et la plus certaine de la sagesse et de la justice des acquittements ou des condamnations, le minimum des exigences auxquelles le justiciable a droit. En dispensant le jury de s'expliquer, pour le dispenser de raisonner, la loi a encouragé le jury à faire du *sentiment* au lieu de faire de la justice. C'est une erreur de croire, en effet, que, pour former son intime conviction, le jury peut s'attacher à des impressions sentimentales et superficielles et qu'il n'a pas besoin de se livrer à une analyse attentive et raisonnée des faits et des circonstances de la cause. La libre conviction ou certitude morale (ce qui revient au même) signifie une seule et même chose, l'exclusion de la certitude ou preuve légale, c'est-à-dire l'exclusion d'un système de critères artificiels, destinés à mesurer, à l'avance, la valeur de chaque élément de preuve. Mais le jury ne doit pas juger par sentiment, ou sur de vagues impressions; il doit former sa conviction par un travail de réflexion et de conscience et se soumettre lui-même aux règles de la logique et de la dialectique naturelles. Son verdict n'est pas ce jugement *ex informata conscientia* des anciennes procédures, mais l'affirmation d'une opinion consciencieuse, éclairée et motivée. Moins la loi s'est ingérée dans le domaine de sa conscience, plus la raison et la logique doivent le gouverner. Il ne se déclare plus aujourd'hui convaincu *ratione imperii,* mais bien *imperio rationis.* Si le jury ne le comprend pas, s'il donne à sa liberté et à sa souveraineté un autre sens et substitue le sentiment à la conviction, il n'est pas digne de juger et il faut le déconstituer ou le supprimer[3].

II. L'obligation de motiver les jugements en matière répressive n'existait pas dans l'ancien droit. Le juge con-

[3] C'est la conclusion à laquelle arrivent aujourd'hui bien des esprits. Voy. particulièrement . Tarde, *Philosophie pénale,* p. 435 à 449; Émile Bouvier, *L'institution du jury* (Lyon, 1887). Mais si les critiques du jury sont fondées, si, dans tous les pays, on se plaint de son incompétence, de sa faiblesse, de sa partialité, si on le qualifie, avec quelque raison, de « garde nationale » de la magistrature, la véritable difficulté consiste à le remplacer. Que mettre à sa place, en effet, pour le moment, sinon la magistrature actuelle? Or, malgré les qualités qu'on lui conteste trop, la magistrature n'est pas préparée à prendre la succession du jury.

Digitized by Google

damnait invariablement le coupable « pour le cas résultant du procès ». Cette formule commode fut proscrite par la loi des 8-9 octobre 1789 et l'article 15, titre 5, de la loi organique des 16 et 24 août 1790. La Constitution de l'an III (art. 208), le Code du 3 brumaire an IV, consacrèrent l'obligation de motiver les jugements, principe régulateur qu'ont adopté les articles 163 et 195 du Code d'instruction criminelle, et l'article 7 de la loi organique du 20 avril 1810. Il est donc bien certain que tous jugements et arrêts, prononçant une condamnation ou un acquittement, doivent être motivés[3]. Il en est de même des ordonnances de règlement du juge d'instruction ou des arrêts de la chambre des mises en accusation.

Comment cette obligation de motiver l'acquittement ou la condamnation se concilie-t-elle et s'adapte-t-elle avec la libre appréciation des preuves? Est-ce qu'on demande au juge, en matière correctionnelle et en matière de police, de donner les raisons mêmes de sa conviction? Le législateur, il faut le remarquer, n'a jamais réglementé et n'a pu réglementer l'obligation de motiver les décisions judiciaires. La loi des 16-24 août 1790, veut que le juge exprime les motifs qui ont déterminé le jugement. Or, tout jugement répressif se prononce sur deux questions : la question de culpabilité, et, en cas de culpabilité, celle d'application de la loi. Il faut donc, pour motiver sa décision, que le juge, en matière correctionnelle ou de police, constate, en fait, l'existence de toutes les circonstances exigées pour caractériser le délit ou la contravention, et que, en droit, il qualifie ces circonstances, par rapport à la loi dont il fait l'application[4]. Ce sont là les motifs nécessaires. Mais le juge est-il obligé d'indiquer, en les détaillant et en les analysant, les éléments de preuve, qui lui ont permis de faire les constatations qu'il relève et d'affirmer sa

[3] Les articles 163 et 195, il est vrai, ne parlent que des jugements de condamnation; mais l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 embrasse tous les jugements dans une disposition générale. Ce principe reçoit toutefois une exception : les jugements ou arrêts de simple instruction n'ont pas besoin d'être motivés. Voy. Faustin Hélie, *Instr. cr.*, t. 6, n° 2948.

[4] Conf. Faustin Hélie, *Instr. cr.*, t. 6, n° 2945.

Digitized by Google

conviction? La jurisprudence n'a jamais imposé cette obligation aux tribunaux. Pour condamner ou pour acquitter, le juge déclare simplement sa conviction, c'est-à-dire l'impression qu'ont pu faire sur sa raison les preuves produites dans l'instruction et les débats. A la rigueur, il suffit donc aux juges de s'exprimer ainsi : *Considérant qu'il résulte de l'instruction et des débats, la preuve que le prévenu s'est rendu coupable de tel fait, lequel constitue tel délit*[5]. En un mot, si le juge doit, à peine de nullité pour défaut de motif, constater toutes les circonstances dont la réunion caractérise le délit ou la contravention qu'il qualifie[6], il n'est point tenu d'indiquer et de détailler les moyens de preuve sur lesquels se basent ces constatations et la conviction qui en est résultée pour lui.

Mais ce serait une erreur de croire que la Cour de cassation soit sans pouvoir et sans droit de contrôle en cette matière : elle peut et elle doit vérifier, dans tous les cas : 1° si la preuve existe; 2° et si elle est légalement recherchée et administrée[8].

[5] Voy. les arrêts cités au *Répert. gén. de droit français*, v° *Jugement et arrêt* (*Matières crim.*), n° 447.

[6] Cass., 28 févr. 1857 (D. 57. 5. 219).

[7] Cass., 29 nov. 1877 (S. 78. 1. 230; D. 78. 1. 93); 18 févr. 1892 (D. 92. 1. 471).

[8] Telles sont, en effet, les deux limites que la Cour de cassation paraît imposer, au point de vue de la preuve, aux pouvoirs des tribunaux. *a*) Il faut d'abord qu'il résulte des motifs de la décision qu'une preuve a été fournie. C'est ainsi que, dans une hypothèse où il était constaté qu'aucun témoin n'avait été entendu et où il n'était donné aucun aperçu du procès-verbal du garde champêtre, seul document visé, la Cour de cassation a déclaré nul, pour défaut de motifs, un arrêt de condamnation qui, en matière de vol, se bornait à affirmer le fait, sans indiquer d'où avait pu résulter la preuve de la culpabilité du condamné : Cass., 23 sept. 1880 (S. 81. 1. 144; D. 80. 1. 480). Elle a cassé, pour défaut de motifs, le jugement qui prononce une condamnation pour dommage à la propriété mobilière d'autrui, sans indiquer la source de la constatation sur laquelle il repose : Cass., 20 mars 1891 (*B. cr.*, n° 71). Elle a décidé que la seule énonciation du délit ne saurait constituer un motif suffisant : Cass., 8 août 1890 (*B. cr.*, n° 174). *b*) Il faut ensuite que le juge ne puise sa conviction que dans la preuve légalement recherchée et administrée. Ainsi, doit être annulé : — le jugement de relaxe, rendu au mépris des constatations d'un procès-verbal régulier, et fondé sur des renseignements pris personnellement par le juge en dehors de l'audience

Digitized by Google

C'est la valeur morale et non la valeur légale de cette preuve qui échappe à son contrôle.

La Cour de cassation doit trouver, dans les motifs de l'arrêt, les éléments indispensables pour lui permettre d'examiner la *matérialité* et la *légalité* d'administration de la preuve; mais il ne saurait lui appartenir de critiquer l'appréciation que le juge en a pu faire. En effet, la loi ne demandant, à celui-ci, aucun compte des éléments de sa conviction, ni de la manière dont elle est formée, n'a pu être violée par l'usage que le juge a cru devoir faire de son pouvoir souverain d'appréciation.

263. La loi civile, dans l'organisation du régime de la preuve, se tient à égale distance des deux systèmes de preuves mis en opposition, celui des preuves légales et celui des preuves de conviction. *a*) Dans la théorie de la *preuve préconstituée* et l'interdiction de la preuve testimoniale, la loi civile se rattache, tout d'abord, à la conception qui consiste à rechercher la vérité par des procédés techniques et à la tenir pour démontrée par la réunion de certaines circonstances qui enchaînent la conviction et en l'absence desquelles le juge doit se déclarer non convaincu; *b*) Mais elle applique le régime de la preuve de conviction, lorsqu'elle autorise le juge à apprécier, en son âme et conscience, les résultats d'une enquête, à peser les témoignages et non à les compter; lorsqu'elle laisse le juge aussi libre de rejeter un fait affirmé par dix témoins que de tenir pour certain un fait affirmé par un seul. Ainsi, les règles de la preuve civile sont, à certains points de vue, les mêmes que celles de la preuve criminelle; à d'autres points de vue, elles sont différentes.

et non soumis à un débat contradictoire : Cass., 4 août 1893 (*B. cr.*, n° 222); — le jugement qui acquitte le prévenu en se fondant sur la connaissance personnelle que le juge avait des lieux, ou sur des renseignements puisés en dehors de l'audience et non soumis à un débat contradictoire : Cass., 15 déc. 1894 (*B. cr.*, n° 320); 21 févr. 1890 (*B. cr.*, n° 46); 26 mars 1862 (*B. cr.*, n° 99); — le jugement qui s'appuie sur la déposition écrite d'un témoin non entendu : Cass., 28 oct. 1892 (*B. cr.*, n° 263); sur la déposition d'un témoin qui n'a pas prêté serment : Cass., 17 juin 1892 (*B. cr.*, n° 103), etc.

Digitized by Google

Est-ce à dire que le système des preuves dépende de la *nature de la juridiction* devant laquelle il y a lieu de les administrer? Évidemment non : il dépend de la *nature du fait à prouver*. Par exemple, la preuve testimoniale ne doit pas être considérée comme exclue ou admise par cela seul qu'on se trouve avoir affaire, soit à la juridiction civile, soit à la juridiction criminelle. Partout, les conventions doivent être régulièrement constatées par écrit. Partout, les simples faits peuvent être prouvés par témoins. Il n'y a donc, à ce point de vue, entre les juridictions civiles et les juridictions criminelles, d'autre différence que celle-ci : le plus souvent il s'agit de faits juridiques au civil, de simples faits matériels au criminel. Mais une restriction s'impose. Sans doute, les dispositions du Code civil, relatives aux preuves, obligent les tribunaux correctionnels et de police, les juridictions d'instruction, et même les cours d'assises dans le sens restreint du mot, c'est-à-dire les magistrats qui les composent, mais les jurés peuvent se prononcer, en toute liberté d'appréciation, sur les questions qui leur sont soumises. La loi, en effet, ne leur pose que cette seule question qui renferme toute la mesure de leur devoir : *Avez-vous une intime conviction?* Par conséquent, dans les débats criminels, tous les moyens de preuve sont recevables, particulièrement la preuve par témoins, alors même que la loi civile la repousse ou ne l'admet qu'à certaines conditions. D'un autre côté, la conscience des jurés n'est enchaînée par aucune preuve légale, que cette preuve résulte d'un acte authentique ou qu'elle soit fondée sur une présomption considérée comme irréfutable par la loi civile[9].

264. Le régime des preuves de conscience, même en matière répressive, est limité par un certain nombre de restrictions.

La plus importante est celle de la force probante des procès-verbaux. On appelle ainsi, les actes par lesquels les officiers publics constatent les crimes, les délits et les contraventions, leurs circonstances, les traces qu'ils ont laissées après eux, et

[9] Voy. Bonnier, *op. cit.*, t. 2, n° 605.

Digitized by Google

tous les faits propres à en signaler les auteurs. Les procès-verbaux sont ordinairement le premier acte de la procédure; ils en forment la base. Mais, en principe, ils ne sont la condition ni de la poursuite ni de la condamnation. L'affirmation qui y est contenue a la valeur d'un renseignement et n'a que la valeur d'un renseignement. Toutefois, il en est autrement dans certains cas exceptionnels où le procès-verbal fait foi jusqu'à preuve contraire ou jusqu'à inscription de faux. Cette exception au régime de la preuve de conscience tend à s'affaiblir. Et la loi budgétaire du 30 décembre 1903 (art. 26), qui a enlevé aux procès-verbaux des agents des contributions indirectes la force probante jusqu'à inscription de faux, est un premier pas dans la voie du retour au droit commun et dans la suppression des témoins privilégiés.

La preuve de l'adultère ne peut être faite, à l'égard du complice, que de deux manières : soit en établissant le *flagrant délit*, soit en apportant l'*aveu écrit* du prévenu (C. p., art. 338, § 2)[10]. Vis-à-vis de l'épouse, la preuve n'est soumise à aucune condition ni restriction[11]. L'intention manifeste du

[10] Voy. mon *Traité théor. et prat.* (2e éd.), t. 5, n° 1891, p. 163 à 165. La question générale est examinée par M. Villey en note, sous Cass., 31 mai 1889 (S. 91. 1. 425).

[11] L'adultère peut être établi vis-à-vis de la femme et ne pas l'être légalement contre son complice. Voy. Cass., 27 janv. 1900 (*Le Droit* du 15 mars 1900); 5 janv. 1906 (*Le Droit* du 1er juin 1906). Sur la personnalité de l'exception résultant du défaut de preuve, ce dernier arrêt est ainsi motivé : « Attendu que, dans le cas où le complice de l'adultère de la femme a été acquitté sur le motif que les seules preuves admises par l'article 338 du Code pénal font défaut dans la cause, le bénéfice de cette exception est exclusivement personnel au complice, suivant les termes de cette disposition légale, et il ne saurait être étendu à l'auteur principal à l'égard duquel le juge de la prévention a reconnu des preuves suffisantes de culpabilité; qu'il en résulte que l'acquittement de ce complice ne fait pas obstacle à la condamnation de l'auteur principal : d'où il suit que l'arrêt attaqué a pu condamner la demanderesse pour s'être rendue coupable du délit d'adultère, sans contradiction avec la décision précédente par laquelle le prévenu de complicité a été acquitté à raison de l'absence des seuls modes de preuve admis par l'article 336 du Code pénal et qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel n'a violé aucun des articles visés au moyen ». — Sur ce que tous les modes

Digitized by Google

législateur a été d'écarter, en ce qui concerne le complice, les présomptions, si graves fussent-elles, pour s'en tenir à des preuves matérielles, non équivoques. Il a donc limité le cercle des preuves qui peuvent servir de base à la conviction du juge. Celui-ci ne peut la faire résulter que du flagrant délit ou d'écrits émanés du prévenu, c'est-à-dire d'une preuve légale. Il en résulte que le droit de contrôler l'appréciation des juges, relativement au point de savoir si les faits par eux constatés ont ou non le caractère de flagrant délit, rentre dans les pouvoirs de la Cour de cassation [12]. Si, en effet, le juge admet d'autres preuves que celles qu'autorise l'article 338, il viole manifestement la loi [13].

265. Le système des preuves de conviction se réfère à leur *valeur morale* que la loi ne mesure pas à l'avance et qu'elle laisse entièrement apprécier par le juge. Mais la *valeur légale* de la preuve est réglementée, en ce sens que le devoir du juge est de puiser sa conviction dans des sources et des éléments de preuve légalement recherchés et examinés.

En effet, la loi qui ne demande pas compte aux autorités pénales des moyens par lesquels elles se sont convaincues, leur impose, au contraire, des règles fixes, dont elles ne doivent pas s'écarter, dans les procédés, soit de recherche, soit d'administration des preuves. La théorie des preuves se ramène donc, aujourd'hui, en matière pénale, à des questions de procédure,

de preuve sont admissibles à l'égard de l'auteur principal du délit d'adultère : « Attendu que la preuve de l'adultère à l'égard de l'auteur principal, à la différence du complice, n'est soumise à aucune condition particulière; qu'elle est donc régie par les règles du droit commun qui autorisent les juges à admettre tous les genres de preuve et même les présomptions; que, dès lors, la Cour d'appel, en faisant état, comme élément de sa décision, de la correspondance de la demanderesse, antérieure à son mariage, n'a violé ni l'article 337 du Code pénal ni les règles de la preuve ».

[12] La Cour de cassation a abandonné, à ce point de vue, sa première jurisprudence. Voy. 27 févr. 1879 (S. 79. 1. 333); 31 mai 1889, précité; Agen, 18 juill. 1902 (S. 1904. 2. 81). Voy. mon *Traité*, *op.* et *loc. cit.*

[13] Pour l'aveu Cass., 7 déc. 1900 (S. 1901. 1. 252); 27 janv. 1900 (S. 1902. 1. 109).

Digitized by Google

qui concernent : 1° la recherche de la preuve; 2° sa conservation; 3° son administration; 4° sa discussion.

Ces règles légales ont pour but : 1° D'assurer la sincérité des éléments de preuve. A cette idée se rattachent : l'obligation, pour les hommes de l'art, de prêter serment; les incapacités ou incompatibilités de témoigner; les formalités destinées à assurer la vérité des procès-verbaux de constat; la prestation de serment imposée aux témoins, etc. 2° De satisfaire les exigences de la répression. A cette idée se rattache : la prohibition de la preuve de la vérité des faits diffamatoires; la foi qui s'attache à certains procès-verbaux, etc. 3° De garantir les bases mêmes de la conviction. C'est dans ce but que la loi impose aux juges l'obligation de motiver leur décision.

Par une dérogation remarquable à l'ensemble de ces règles de procédure, le président de la cour d'assises a un pouvoir discrétionnaire pour arriver à la découverte de la vérité, c'est-à-dire qu'il n'est pas soumis aux règles ordinaires concernant la recherche et l'administration des preuves (C. instr. cr., art. 268 et 269). Nous signalons ici cette exception unique, que nous retrouverons plus loin.

Digitized by Google

TITRE III

DE LA PREUVE EN MATIÈRE PÉNALE ET DE LA PREUVE EN MATIÈRE CIVILE

§ XLVIII. — COMPARAISON ENTRE LE RÉGIME DES PREUVES EN MATIÈRE CIVILE ET LE RÉGIME DES PREUVES EN MATIÈRE PÉNALE.

266. La marche de la preuve ne peut pas être la même en matière pénale et en matière civile. Conséquences. — **267.** Inadmissibilité de certaines preuves. Serment. Différentes espèces de serments judiciaires. Ce qui subsiste du serment. — **268.** Preuve préconstituée de tous faits juridiques en matière civile. Preuve de fait en matière pénale. — **269.** La preuve est un incident du procès civil. Elle est le fond même du procès pénal. Conséquences.

266. La marche de la preuve ne peut être la même en matière civile et en matière criminelle, à raison de la diversité d'organisation et de but des deux procédures. Puisqu'il est admis que, dans un procès civil, c'est aux parties qu'appartient la tâche d'établir la vérité de leurs prétentions respectives, le juge civil n'a pas à *rechercher d'office* s'il existe un droit ou une créance, ou si, en supposant que ce droit ou cette créance ait existé, il a été détruit par tel événement. Sans doute, il appartient au juge d'ordonner *ex officio* telle preuve, par exemple une enquête (C. proc. civ., art. 246), une expertise, mais à la condition que les parties y aient conclu, au moins implicitement, en affirmant ou en niant les faits dont dépendent leurs prétentions. En matière criminelle, au contraire, le juge va au devant de la preuve, *il se met d'office en enquête*, et, au lieu d'être dirigés par l'intérêt privé, ses actes sont dirigés par le souci de la vérité. Le principe que la procédure pénale est suivie tant à charge qu'à décharge s'applique à tous les agents qui interviennent pour excercer l'ac-

Digitized by Google

tion publique, pour l'instruire, ou pour la juger. Cette différence essentielle entre la marche de la preuve dans les deux procédures réagit : 1° soit sur l'inadmissibilité de certaines preuves en matière criminelle, telles que le serment décisoire ou supplétoire ; 2° soit sur l'administration de la preuve, qui revêt un caractère plus artificiel en matière civile, plus simple et plus vrai en matière criminelle ; 3° soit sur l'importance prépondérante de la preuve en matière criminelle.

267. Le serment, tel qu'il a toujours été compris dans la civilisation indo-européenne, est l'appel à la divinité, à l'appui d'une déclaration de l'homme[1]. Ce témoignage de la croyance des peuples en une justice suprême se retrouve dans tous les pays et dans tous les temps ; il a toujours été considéré comme une garantie des plus efficaces de la conscience juridique. Le serment judiciaire figure dans le droit criminel moderne, sous deux formes principales : les jurés, qui sont des juges temporaires, prêtent un *serment professionnel;* les témoins et les experts, un serment qui se rattache à l'*administration de la preuve*[2]. Mais les parties engagées dans l'instance, n'ont jamais à appuyer d'un serment la sincérité de leurs allégations. On trouve, cependant, en matière criminelle, dans l'histoire des institutions, trois systèmes de serment des parties. Une législation peut permettre de le déférer à l'accusateur, afin de corroborer son allégation ; elle peut en faire, au contraire, un moyen de défense pour l'accusé, qui se libère de l'accusation en le prêtant ; elle peut aussi l'imposer à l'accusé, comme un moyen de garantir la vérité de ses déclarations.

I. Le premier système de serment appartient à l'enfance de la justice criminelle. Qu'on s'en rapporte à la déclaration

§ XLVIII. [1] Voy. Gustave Glotz (*Études sociales et juridiques sur l'antiquité grecque*), Hachette, 1906 (*Le serment*, p. 99 à 183). L'essence du serment est donc religieuse. Mais le serment peut être laïcisé dans son mode de prestation sans perdre son caractère. Les emplois du serment ont été innombrables. Voy. Glotz, *op. cit.*, p. 113.

[2] Je ne veux pas dire par là que les experts soient des témoins. Nous constatons plus loin les différences qui séparent les experts des témoins.

Digitized by Google

du demandeur, lorsqu'il s'agit d'intérêts pécuniaires, cela est déjà étrange, mais qu'on permette à l'accusateur de corroborer une preuve incomplète par son affirmation, dans le but d'amener le juge à prononcer une condamnation pénale, c'est ce qui est, à la fois, inadmissible et odieux.

Et, cependant, les peuples primitifs ont fait usage du serment comme moyen de prouver l'accusation : et l'emploi d'un pareil procédé s'explique, soit qu'une plus grande confiance pût être accordée alors à la parole de l'homme et à la crainte religieuse du serment, soit, qu'à raison d'un état peu avancé de civilisation, il fût souvent difficile d'administrer une preuve régulière[3]. Chez les Grecs et les Romains eux-mêmes[4], le serment de l'accusateur, sans avoir jamais obtenu une force et une efficacité péremptoires, paraît être entré, à titre d'élément, parmi les moyens de conviction du juge[5]. Cette institution n'a laissé aucune trace dans les législations modernes, et, nulle part, quel que soit le mode de procédure, on n'admet l'accusateur à appuyer ses affirmations par le serment[6].

II. Mais il n'en est pas de même du serment purgatoire, dont l'usage s'est plus longtemps conservé. Bien qu'on trouve des exemples de serment de cette espèce, dans les législations de l'antiquité[7], c'est dans les coutumes germaniques qu'on suit nettement l'origine de cette institution, dont l'importance a été si grande pendant la période médiévale. L'usage, aux temps barbares, des *compurgatores* ou *cojuratores*, qui ve-

[3] Voy. Bonnier, *op. cit.*, n° 448. Un vestige de cette singulière coutume se rencontrait dans notre ancienne règle : *Creditur virgini juranti se ex Titio prægnantem.*

[4] Voy. le serment solennel de l'accusation dans le plaidoyer de Démosthène contre Conon, § 14. On lira ce que dit du serment des parties, Glotz, *op. cit.*, p. 148, dans les coutumes grecques.

[5] Glotz, *op. cit.*, p. 158.

[6] Peut-être faut-il rattacher, sinon à la même origine, du moins à la même idée, l'affirmation sous serment de la vérité du procès-verbal par son rédacteur, devant le juge de paix ou son suppléant, le maire ou son adjoint (Cfr. Code d'instr. cr., art. 189; Code forestier, art. 165).

[7] Voy. Glotz, *op. et loc. cit.*

Digitized by Google

naient attester, devant le tribunal, l'innocence de l'accusé, n'était qu'une heureuse transformation du régime des guerres privées[8] : les membres de la même famille et de la même tribu, appelés ainsi en justice, ne rendaient point un témoignage proprement dit, mais soutenaient la cause de l'accusé par leur serment, comme ils l'auraient fait antérieurement les armes à la main[9]. Les *cojuratores* se portaient donc, en réalité, à son aide, ainsi que le rappelle le nom d'*aideurs* que leur donnait le vieux droit normand.

Plus tard, l'Église s'empara de cette institution[10]. Elle l'introduisit dans son système de procédure sous le nom de *purgatio canonica;* mais suivant son habitude, elle l'adapta, en la transformant, à son esprit, qui était de faire appel à la conscience individuelle. L'application en fut restreinte au cas où les preuves de l'accusation étaient incertaines et légères. Ce n'était plus le serment collectif d'un groupe de proches ou d'amis, mais le serment purgatoire déféré à l'accusé seul. L'institution survécut, sous cette dernière forme, dans les pays de langue allemande jusqu'à la fin du XVII[e] siècle. Puis, on la rattacha à l'*absolutio ab instantia,* en permettant aux personnes, dont les antécédents étaient d'ailleurs honorables et qui ne se trouvaient pas sous le coup d'une accusation capitale, d'obtenir, par le serment purgatoire, un acquittement complet, au lieu de rester perpétuellement sous le coup de l'accusation. Le serment purgatoire a disparu, avec l'*absolutio ab instantia*, du Code de procédure pénale allemand de 1877. Des traces de cette institution se retrouvaient également dans les anciennes lois anglaises, lorsqu'il ne s'agissait que d'une condamnation à l'amende. Blackstone[11] qui, déjà, de son temps,

[8] A l'origine, les *cojurantes* étaient toujours pris dans la famille de l'accusé, éventuellement exposée à la *faida*. Voy. *Lex Burgundionum*, VIII. 1.

[9] Sur les *cojurantes sacramentales*, Konrad Cosack, *Die Eichelfer des Belakgten näch altesten deutschen Recht*, 1885.

[10] Voy. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 3[e] éd., p. 167; *Histoire de la procédure criminelle*, p. 46 et suiv., 324 et suiv.

[11] *Op. cit.*, liv. 3, ch. XXII, § 6. Avant l'abolition de l'esclavage en Amérique, le planteur, accusé de violences envers ses esclaves, était autorisé à se

Digitized by Google

constate la disparition de ce vieil usage, fait cette remarque : « La loi, dans la simplicité des anciens temps, ne présumait « pas qu'un homme voulût se rendre parjure pour tous les « biens de ce monde ».

III. La troisième forme de serment, celui qui était imposé à l'accusé, comme garantie de sa véracité dans l'interrogatoire, est d'origine beaucoup moins ancienne. Cette odieuse institution a été empruntée à une source qui en montre l'esprit, à un *Directoire des inquisiteurs*, publié en 1360[12]. Critiqué par les esprits les plus éminents, le serment de l'accusé passa dans l'ordonnance de 1670, malgré le président Lamoignon, et ne fut aboli qu'en 1789[13]. Avec lui, disparurent, de notre législation, les derniers vestiges de l'emploi du serment des parties comme moyen ou garantie de la preuve.

268. Les différences, au point de vue du régime des preuves, entre le procès civil et le procès criminel, tiennent à la nature des choses, parce qu'elles résultent de l'objet même des recherches que supposent ces deux situations. Il s'agit, dans le procès civil, d'obtenir la preuve de la légitimité d'une prétention, d'une créance, d'une servitude, d'un droit de propriété; dans le procès pénal, de la vérité d'une imputation, c'est-à-dire de la culpabilité d'un prévenu, à l'occasion d'un fait illicite qui lui est reproché. Or, la loi civile a pu et a dû assujettir à certaines formes la constatation des faits juridiques, imposer aux parties l'obligation de *préconstituer*, à l'avance, pour le cas de contestation, telle ou telle preuve, de manière à garantir leurs droits et à éviter même les difficultés. C'est donc, en quelque sorte, dans un but et avec un caractère *anti-*

disculper, en affirmant par serment son innocence (Voy. Elisée Reclus, *Rev. des Deux-Mondes*, t. 30, p. 872).

[12] Sur tous ces points : Bonnier, *op. cit.*, n° 450; Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, pp. 212 à 260.

[13] Ord. de 1670, tit. 14, art. 7 : « L'accusé prêtera le serment avant d'être interrogé, et en sera fait mention, à peine de nullité ». Nous verrons plus loin que le « criminal évidence act » de 1898 a permis, en Angleterre, à l'accusé, de témoigner dans sa propre cause, mais sous la foi du serment.

Digitized by Google

litigieux que le droit civil organise des preuves légales. Toute autre est la situation dans le procès criminel : les parties n'ont pas pu prendre leurs précautions à l'avance pour se procurer la preuve d'un fait illicite ; elles doivent donc être laissées libres de fournir la preuve par tous les procédés propres à convaincre le juge de la vérité de l'imputation. C'est à cette idée naturelle que correspond, comme dernier terme de l'évolution, aujourd'hui presque achevée dans tous les pays, la substitution du régime de la preuve de conscience, basée sur la *certitude rationnelle*, à celui de la preuve factice, basée sur la *certitude légale*.

269. En matière civile, la théorie des preuves confine, d'un côté, au droit civil proprement dit, de l'autre, à la procédure. C'est, en effet, pendant le procès, que les preuves sont mises en œuvre : c'est donc la loi de procédure qui régit leur *administration*, c'est-à-dire les *formes* dans lesquelles les preuves doivent être fournies. Mais, d'une part, les preuves sont souvent produites dans les relations civiles ordinaires, sans qu'il y ait aucun litige entre les parties. Leur constitution a précisément pour but de les éviter. D'autre part, quelque place que tienne la preuve dans un procès civil, elle ne donne pas toujours lieu à une production spéciale ; en réalité même, elle forme, quand la nécessité de la produire se présente, un *incident* du procès[14].

En matière criminelle, la preuve n'est recherchée que pour faire le procès ou pour convaincre le prévenu. Elle est donc administrée seulement en cours de poursuite et ses règles sont intimement liées aux règles de la procédure. De plus, elle ne se présente pas comme un incident du procès : elle doit toujours être administrée, et l'*instruction*, qui est la recherche et la production de la preuve, est le fond même de la procédure criminelle, dans les deux phases qu'elle peut parcourir.

L'importance supérieure de la preuve dans cette procédure explique certaines particularités, déjà signalées : 1° La nécessité, pour le ministère public, de faire la preuve de toutes les

[14] C'est à propos des incidents que le Code de procédure s'occupe de la preuve. Voy. du reste, sur ce point : Garsonnet, *op. cit.*, t. 2, § 783, p. 623.

Digitized by Google

conditions de recevabilité de l'action publique, notamment de démontrer que son droit de poursuite n'est pas éteint par la prescription; 2° L'obligation qui lui incombe d'établir toute la culpabilité, si bien que le brocard : *excipiendo reus fit actor,* n'a qu'une application très limitée au préjudice du prévenu; 3° L'exclusion de ces moyens qui dispensent de toute preuve le demandeur en matière civile, tels que l'aveu du défendeur, ou l'existence de certaines présomptions légales.

§ XLIX. — DE LA PREUVE DANS LES DEUX PHASES DE LA PROCÉDURE PÉNALE.

270. Au point de vue des conditions, soit d'admission, soit de recherche, soit d'administration des preuves, il faut distinguer, dans la procédure pénale, la phase préparatoire et la phase définitive de l'instruction. — **271.** Phase préparatoire, officieuse et officielle. — **272.** Phase définitive. Instruction orale, publique, contradictoire. — **273.** Motifs des différences qui existent dans les deux phases de la procédure. Principales différences. Transport sur les lieux. Témoignage.

270. Déterminer par quels agents et dans quelle forme la preuve est recherchée, produite et appréciée, c'est étudier l'organisation judiciaire et la procédure tout entière. Le côté extérieur et extrinsèque de la preuve n'est pas l'objet de ce paragraphe.

Mais, au point de vue des conditions, soit d'admission, soit de recherche, soit d'administration des preuves, quelques observations générales s'imposent sur les différences qui existent, dans la procédure pénale, entre les diverses phases que peut parcourir l'affaire : 1° la *phase de l'instruction policière;* 2° celle *de l'instruction judiciaire;* 3° celle *de l'audience et du jugement.*

271. Dans le procès civil, chaque partie rassemble ses preuves et forme son dossier. Le demandeur, notamment, ne lance son assignation qu'après avoir préparé ses armes. Il y aurait, de sa part, une certaine témérité à se présenter, devant le juge, sans avoir fait une instruction préalable de nature à rendre au moins vraisemblable la demande qu'il se propose

Digitized by Google

d'introduire. Ce caractère de la procédure civile, où la preuve est recherchée et administrée par les parties elles-mêmes, est aussi le caractère de la procédure pénale accusatoire. Mais, dans la procédure inquisitoire, une double circonstance : l'accusation confiée à des fonctionnaires, exerçant un ministère public, et la recherche de la certitude par le juge, agissant d'office, modifie profondément le régime de la preuve. La conséquence essentielle qui en résulte, c'est que les charges sont rassemblées par un organisme officiel, dont l'ensemble porte le nom générique de « police judiciaire ».

Les officiers, qui l'exercent, procèdent à la recherche des preuves, par les modes ordinaires (enquêtes, expertises, provocation de l'aveu, interrogatoire de l'inculpé, transport sur les lieux, constat des indices, réunion des pièces à conviction), dans des situations et dans des périodes bien différentes : 1° dans la *phase policière*, c'est-à-dire avant le premier acte d'exercice de l'action publique; 2° dans la *phase judiciaire*, c'est-à-dire alors que le magistrat compétent est régulièrement saisi de l'action publique, soit par le fait même (flagrant délit), soit par la réquisition du ministère public, soit par une plainte contenant constitution de partie civile. 3° enfin, après l'instruction officielle, des *juridictions spéciales* se prononcent sur le point de savoir s'il existe des *charges suffisantes* pour faire le procès.

I. La police judiciaire est exercée par le procureur de la République et ses auxiliaires (juges de paix, commissaires de police, maires et adjoints, officiers de gendarmerie) et elle a pour mission de *prendre les renseignements* de nature à éclairer l'accusateur et à préparer la poursuite. Elle procède à cette *instruction officieuse*, sans être assujettie à des formes légalement prescrites, mais sans avoir, à sa disposition, des moyens légaux de contrainte pour obliger les témoins ou l'inculpé à se présenter, ou pour pratiquer des perquisitions et des saisies. Le procureur de la République ou ses auxiliaires entendront les témoins sans prestation de serment, commettront des experts à titre officieux, se feront remettre des pièces, livres de comptabilité, billets argués de

Digitized by Google

faux, etc., sans avoir, en cas de refus ou d'opposition, le droit de faire saisir ces pièces entre les mains des détenteurs.

II. L'instruction est confiée au juge d'instruction qui est saisi par le procureur de la République, ou par la partie civile. Mais, en cas de flagrant délit, le procureur de la République a le droit de commencer l'instruction sans attendre le juge, et celui-ci peut se saisir sans avoir besoin de réquisitions du procureur de la République. Dans cette phase, la loi a minutieusement tracé les règles de la constatation judiciaire et de la réunion des preuves. Toute cette procédure est formalisée. Elle a donc un caractère officiel incontestable. C'est la principale différence qui la sépare de la procédure d'instruction officieuse. Aussi ses effets ne sont pas les mêmes : seuls les « actes d'instruction » de cette procédure méritent cette qualification au point de vue interruptif de la prescription de l'action publique.

III. Lorsque l'instruction est close, le règlement en appartient, soit au juge d'instruction et à la chambre des mises en accusation, soit à la chambre des mises en accusation seule. Mais, suivant les cas, pour régler la procédure et prononcer un non-lieu ou un renvoi devant les tribunaux répressifs, les juridictions d'instruction se livrent à un examen, *sur pièces,* des charges qui ont été rassemblées, et, cela, en chambre du conseil et hors la présence de l'inculpé.

272. Dans la phase de l'instruction définitive, et devant le tribunal, il s'agit moins de *rechercher* la preuve que de l'*administrer*. C'est, avant tout, l'œuvre des parties, ministère public, prévenu, partie civile. Toutefois, le tribunal peut, d'*office* ou *sur la demande des parties,* ordonner telle ou telle mesure d'instruction. A l'audience, la preuve est administrée et recueillie dans une procédure essentiellement orale, publique et contradictoire.

273. Il serait prématuré, ces indications générales données, de préciser davantage, soit au point de vue de leurs conditions d'admission, soit au point de vue de leur mode d'administra-

Digitized by Google

tion, les différences nombreuses qui séparent la recherche de la preuve dans la phase préparatoire et son administration dans la phase définitive. L'idée essentielle qu'il ne faut jamais perdre de vue, c'est que, dans la première, il s'agit seulement de réunir des présomptions en vue d'une solution provisoire, tandis que, dans la seconde, il s'agit d'arriver à la certitude en vue d'une solution définitive.

On a pu autoriser le juge d'instruction et le procureur de la République à procéder à des recherches personnelles et à une *inquisitio* secrète, sauf le contrôle de l'inculpé, assisté de son défenseur, dans les conditions particulières de la loi du 8 décembre 1897. Mais on a dû imposer au tribunal, qui se prononce sur la culpabilité, l'obligation de ne connaître des preuves administrées, par les parties elles-mêmes, dans leur propre intérêt, qu'après une discussion publique et contradictoire.

Notons les principaux traits qui résultent de ces points de vue et sur lesquels nous insisterons ailleurs.

I. Le transport sur les lieux et la visite des lieux peuvent s'opérer, dans l'instruction préalable, par le magistrat instructeur, en l'absence de l'inculpé, mais en présence de son adversaire, le ministère public (C. instr. cr., art. 62). Dans l'instruction définitive, ces actes, lorsqu'ils sont accomplis par le tribunal, tribunal correctionnel, tribunal de police, cour d'assises, doivent l'être contradictoirement, et en présence des parties[1].

II. Relativement à la recherche et à l'administration de la preuve testimoniale, il existe de nombreuses différences dans les deux phases de l'instruction.

1° Dans la première, la désignation des témoins à entendre appartient exclusivement au juge d'instruction (C. instr. cr., art. 71). C'est lui qui prend l'initiative de la citation par une ordonnance appelée « cédule ». Les parties, procureur de la République, inculpé, partie civile, n'ont qu'une faculté d'in-

§ XLIX. [1] Voy. Cass., 5 sept. 1828 (S. et P. chr.); 30 avr. 1860 (D. 60. 5. 114); 27 nov. 1875 (S. 76. 1. 385). Conf. Faustin Hélie, *op. cit.*, nos 2625, 2902, 3549.

Digitized by Google

dication. Elles ne peuvent, ni citer les témoins elles-mêmes, ni user d'un moyen légal quelconque pour contraindre le juge d'instruction à les faire citer. Dans la procédure définitive, les parties ont un droit personnel et absolu de citation de témoins (C. instr. cr., art. 153, 189, 315).

2° Les témoins, même entendus sous serment dans l'instruction, ne sont pas passibles des peines du faux témoignage[1]. Il en est autrement dans l'instruction définitive, lorsque le témoignage est consommé.

3° La loi contient, en ce qui concerne l'audition des enfants au-dessous de quinze ans, dans l'instruction préparatoire, une disposition qui n'est pas répétée pour l'instruction définitive, précédant le jugement : l'article 79 décide : « Les enfants de l'un et de l'autre sexe, au-dessous de l'âge de quinze ans, pourront être entendus, par forme de déclaration et sans prestation de serment ». On avait d'abord tiré de cette disposition deux solutions corrélatives : d'une part, que les enfants au-dessous de quinze ans ne pouvaient être entendus sous serment par le juge d'instruction ; d'autre part, que le serment devait leur être imposé devant les juridictions de jugement[2]. De ces deux solutions, si la première paraît être acceptée par la jurisprudence actuelle, la seconde est depuis longtemps abandonnée[3]. La dispense de serment tient à ce que l'enfant ne se rend pas un compte suffisant de la gravité de ce serment. Ce motif explique la règle posée par l'article 79 et permet de l'étendre à toutes les juridictions pénales. Cependant, en cour d'assises, si les témoins de moins de quinze ans peuvent être dispensés de serment, il n'est pas défendu de le leur faire prêter, et il ne résulte de cette prestation de serment aucune

[1] Voy. mon *Traité théor. et prat. du droit pénal* (2e éd.), t. 5, n° 2018, p. 303 et 304.

[2] Voy. Cass., 7, 20, 27, 28 févr. 5, 12, 19 mars, 2, 11, 23, 24 avr. 1812 (S. chr.). La question est discutée par Faustin Hélie (*op. cit.*, t. 4, n° 1861).

[3] Cass. ch. réunies, 3 déc. 1812 (S. chr.), pour les cours d'assises; Cass., 2 mars 1855 (*J. du Pal.*, 1855. 2. 467), pour les tribunaux correctionnels et de simple police.

Digitized by Google

nullité, au cas où ni l'accusé ni son défenseur ne s'y sont opposés[5].

4° Les incapacités de témoigner en justice, résultant de condamnations pénales (C. p., art. 34, n° 3 et 42, n° 8), sont communes aux deux phases de la procédure, à l'instruction et au jugement. Mais il n'en est pas de même des causes de récusation qui permettent aux parties de s'opposer, devant les tribunaux, à l'audition : des ascendants des prévenus ou accusés; de leurs descendants; de leurs frères et sœurs; de leurs alliés aux mêmes degrés; de leur mari ou de leur femme; des dénonciateurs dont la dénonciation est récompensée par la loi; des parties civiles; des coaccusés, quoique leurs causes aient été disjointes (C. instr. cr., art. 156 et 322). Ces motifs de récusation, sur lesquels nous nous expliquons à propos du témoignage, sont spéciaux à la procédure de jugement. Et les diverses personnes, dont le témoignage est recevable pour permettre au juge d'instruction d'établir qu'il y a charge suffisante, peuvent être entendues, dans l'instruction préalable, comme témoins et sous serment[6].

[5] Jurisprudence aujourd'hui constante. Voy. notamment : Cass., 7 avr. 1898 (S. 99. 1. 208) : « Attendu, d'ailleurs, qu'en admettant que la cour d'assises ait entendu ces témoins avec prestation de serment, alors qu'ils étaient âgés de moins de 15 ans, il ne saurait résulter aucune nullité de l'accomplissement d'une formalité qui offrait à l'accusé une garantie de plus de la sincérité des témoignages reçus. » Dans le même sens : Cass., 31 déc. 1896 (S. 1900. 1. 384) : « Attendu que si, aux termes de l'article 79, les témoins âgés de moins de 15 ans peuvent être dispensés du serment, il n'est pas défendu de le leur faire prêter; qu'à cet égard, la loi s'en remet à la prudence de la cour d'assises, alors que, comme dans l'espèce, ni les accusés ni leurs défenseurs ne se sont opposés à la prestation de serment du témoin ». Mais en sens contraire : Desquirou (*Traité de la preuve par témoins en matière criminelle*, 1811, in-8°, p. 169); Bonnier (*op. cit.*, n° 340).

[6] Voy. Cass., 22 janv. 1898 (S. 99. 1. 110) : « Attendu que la prohibition édictée par l'article 322 ne doit s'entendre que des dépositions à recevoir à l'audience, et qu'elle ne saurait faire obstacle à ce que le juge d'instruction recherche tous les éléments de preuve qui peuvent conduire à la manifestation de la vérité... » Conf. la note sur la question.

Digitized by Google

TITRE IV

DES DIVERS PROCÉDÉS DE PREUVE

CHAPITRE PREMIER

DES DIVERSES ESPÈCES DE PREUVE.

§ I. — DE LA MÉTHODE POUR ARRIVER A LA DÉCOUVERTE DE LA VÉRITÉ.

274. Preuve directe ou inductive. Preuve indirecte ou de raisonnement. — **275.** Déduction et induction. — **276.** Interversion dans les idées sur les meilleurs moyens de preuve. Importance acquise par les indices. — **277.** Ce que l'on demande aujourd'hui d'établir. D'abord, la réalité du délit. Puis, la participation de l'agent. Enfin, sa témibilité. Insuffisance, à ce dernier point de vue, des anciennes méthodes de preuve. Nécessité de rechercher l'identité des criminels. Inventions scientifiques dont ils profitent et dont la société doit user dans sa lutte contre le crime. — **278.** Dans quelle mesure la phase scientifique de la preuve peut remplacer la phase sentimentale. Transition.

274. La certitude judiciaire se forme suivant certains procédés psychologiques, d'ordre et de caractère divers. Toutes les méthodes pour y arriver portent le nom générique de *preuves*. Mais on donne souvent, à cette expression, un sens plus restreint, en distinguant les faits dont l'existence est évidente et ceux qui ont besoin d'être établis. Les premiers sont perçus immédiatement, sans effort de raisonnement; de sorte que la preuve peut en être dite *directe, intuitive*. Nous n'arrivons à dégager les autres que par un travail de raisonnement, en procédant, dans nos recherches, du connu à l'inconnu : la preuve est dite alors *indirecte, médiate*. Cette

Digitized by Google

dernière preuve, étant la seule qui suppose un effort de l'intelligence, est aussi la seule qui reçoit, dans la pratique, le nom de preuve proprement dite.

275. Les méthodes de preuve se classent en deux catégories : celles qui procèdent par voie de *déduction;* celles qui procèdent par voie d'*induction.* Dans la *déduction,* méthode purement logique, on tire, avec rigueur, les conséquences d'une proposition supposée connue. Impuissante pour faire découvrir des faits nouveaux, la déduction est excellente pour dégager tout ce que contient une proposition ou un fait. L'*induction,* qui part de certaines données observées et relevées avec soin, pour généraliser les résultats particuliers obtenus par voie d'expérience, est la véritable méthode de découverte scientifique. Dans la recherche de la certitude judiciaire, les deux méthodes doivent se combiner. Mais, ici encore, se réalise la loi sociologique, d'après laquelle toute évolution dans les idées et les croyances amène nécessairement une évolution dans les institutions probatoires.

276. Les procédés que la justice emploie dans ses recherches ont été, depuis longtemps, élaborés : mais ils ne se trouvent plus, tels qu'ils sont réglementés, à la hauteur du progrès scientifique contemporain. L'*aveu* est encore considéré comme la preuve par excellence. L'interrogatoire de l'inculpé, qui est le moyen de l'obtenir, a été dégagé, il est vrai, partout, des tortures matérielles dont les anciennes législations croyaient l'emploi nécessaire. La *question* est *posée*, elle n'est plus *donnée*. Le *témoignage* d'une tierce personne est, après l'aveu, la preuve principale : nous y ajoutons plus ou moins de foi suivant les circonstances dans lesquelles il se produit, le serment, la bonne réputation du témoin, son degré de désintéressement, etc. Les causes de notre confiance dans ce moyen de preuve sont ainsi, pour la plupart, étrangères à l'affaire elle-même. L'élément de foi en la *personne* des témoins joue le rôle le plus important et donne aux preuves judiciaires un caractère essentiellement *subjectif*. Cependant, d'après les pro-

Digitized by Google

cédés de recherche et de démonstration de la logique actuelle, c'est l'*objectivité*, la réalité, pouvant être vérifiée à l'aide des opérations d'analyse et de synthèse, qui constitue le véritable procédé de recherche et de démonstration de la certitude.

L'observation, l'analyse, l'induction, voilà quels ont été, dans ce siècle, les flambeaux de la méthode scientifique; aussi remarque-t-on partout cette tendance à substituer la connaissance objective à la connaissance subjective, aussi bien dans le domaine judiciaire que dans les autres domaines. D'où une double évolution dans les idées et les mœurs. D'abord les preuves matérielles, les *indices*, presque méprisés autrefois, et appelés des semi-preuves, acquièrent justement une valeur de plus en plus en grande. Tous ceux qui ont été mêlés à l'œuvre de la justice pénale, comme magistrats, avocats, jurés, savent quelle est souvent, dans un procès criminel, l'importance d'une trace matérielle imperceptible, l'empreinte d'un pied, d'une main, d'un doigt, la découverte d'une mèche de cheveux, etc. Aussi, dans les affaires importantes, on s'empresse de reconstituer le crime devant le juge dans ses circonstances extérieures, non seulement d'après les dépositions des témoins, mais, encore et surtout, à l'aide des objets qui ont servi au crime ou au milieu desquels le crime a été commis. D'un autre côté, nous pesons les dépositions des témoins, non plus d'après leurs qualités personnelles et leurs actes, mais en objectivant leurs déclarations, c'est-à-dire en les mettant en rapport avec les circonstances extérieures du fait qui les confirment ou les infirment. Un jurisconsulte éminent, Glaser, l'inspirateur du Code autrichien de 1873, a très heureusement formulé cette idée, en disant que les preuves judiciaires et leur estimation doivent se trouver dans l'affaire elle-même et non pas dans des faits extérieurs qui y sont étrangers.

277. A un autre point de vue, une sorte d'inversion s'est produite dans la recherche de la vérité judiciaire. Il n'y a pas longtemps encore, ce qu'il était utile au juge de connaître, pour se prononcer, c'était la réalité du délit et la culpabilité de l'agent, double problème que les procédés psychologiques

Digitized by Google

de preuves, maniés avec prudence et habileté, devaient lui permettre d'établir. Aujourd'hui, l'élément biologique, psychique et moral du délinquant, sa personnalité, ses hérédités, ses antécédents sont dominants dans un procès où il s'agit moins de punir le fait que de frapper la criminalité de l'agent révélée par le fait. Les anciens procédés de recherche et d'administration de la preuve sont donc devenus insuffisants et s'adaptent difficilement à la mission nouvelle de la justice répressive[1].

D'un autre côté, avec les transformations sociales, résultant de la facilité des communications, de l'unité de mœurs, de costumes, d'habitudes, la recherche de l'identité des criminels devient plus aléatoire et la dissimulation plus facile.

Enfin, les criminels ont su profiter, soit pour réussir dans leurs entreprises, soit pour s'assurer l'impunité, de tous les progrès et de toutes les inventions scientifiques. La police et la justice, dans la fonction défensive de l'ordre social, ont dû les suivre ou les précéder dans l'utilisation de ces procédés. « Ce n'est pas, comme on l'a écrit, un traité de la preuve, fût-il de Bentham, qui suffirait à faire mieux découvrir un délinquant. Ici, comme partout, le progrès n'a été qu'une suite d'inventions grandes ou petites[2] ».

Est-ce à dire que la *phase scientifique* de l'évolution de la preuve soit définitivement ouverte? Que de nouveaux éléments d'information aient été inventés et mis au jour? Si l'école positiviste pouvait sérieusement proposer son signalement anthropologique comme une présomption grave de crimina-

§ L. [1] « Un homme est accusé de crime, écrit Tarde (*La philosophie pénale*, p. 450), et traduit devant un tribunal quelconque. Il y a alors deux problèmes à résoudre : 1° jusqu'à quel point est-il prouvé que l'accusé ait commis le fait qui lui est imputé? demande qui, au for intérieur de chaque juge ou juré, signifie : « jusqu'à quel point suis-je convaincu que l'accusé a commis ce délit? » 2° En admettant qu'il en soit l'auteur, dans quelle mesure est-il prouvé par là qu'il est dangereux et punissable? Or, de ces deux problèmes, le premier est déjà si difficile à trancher, et en général l'est si imparfaitement, qu'il absorbe l'attention du magistrat et de l'avocat, et que le second est assez négligé ».

[2] Tarde, *op. cit.*, p. 450.

Digitized by Google

lité, il serait vrai d'affirmer qu'un nouvel élément d'information, plus précis et plus scientifique, a été découvert et que, désormais, l'expert chargé de diagnostiquer les signes et stigmates de la criminalité, doit remplacer le juge. Mais on sait que tous les progrès judiciaires « ont été accomplis dans le sens de la preuve plus facile ou plus prompte, ou plus complète, et toutes les inventions ou les perfectionnements modernes ont servi à cela, télégraphe, poste, chemin de fer, photographie, ainsi que les ingéniosités plus spécialement adaptées à ce but, casier judiciaire, méthode de Bertillon, appareils de Marsh ou de Mitcherlisch, etc., etc., autant de puissants instruments de découvertes, et, pour ainsi dire, de juges d'instruction physiques ou mécaniques[3] ».

La connaissance de ces procédés de recherche et d'administration de la preuve importe à tous les agents qui, de près ou de loin, collaborent à l'œuvre de la justice répressive. Aussi de nombreuses études ont été faites dans le sens d'une application plus scientifique de la preuve aux divers problèmes qui se présentent dans tout procès pénal, et des disciplines nouvelles sont nées de ces études.

§ LI. — DE LA CRIMINALISTIQUE.

278. Directions scientifiques en matière de preuve. Criminalistique. Police scientifique. Psychologie judiciaire expérimentale. — **279.** Le juge répressif ne doit pas seulement connaître la loi pour l'appliquer aux faits, il doit apprendre à fixer ces faits. La criminalistique. — **280.** La psychologie légale et ses deux branches : la psychologie du juge et la psychologie du déposant. Double méthode. Observation. Expérimentation. — **281.** La psychologie du juge. Acquisition des matériaux de preuve. Jugement basé sur ces matériaux. — **282.** La psychologie du témoignage. **283.** Le témoignage doit être soumis à une triple critique, clinique, pénale, expérimentale. Faux témoignages des aliénés et psychopathes. Faux témoignages délictueux. Faux témoignages inconscients. — **284.** Eléments d'où dépend la certitude du témoignage. Nécessité pour le juge d'objectiver ces éléments. Science pratique du témoignage. — **285.** Caractères du témoignage. Un certain nombre de thèses à poser. — **286.** Dans quelle mesure on peut corriger objectivement le témoignage. Conclusions. — **287.** La police scientifique. Son enseign ement. — **288.** Identification des criminels, soit en vue de l'application des lois sur la récidive, soit en vue

[3] Tarde, *Philosophie pénale*, p. 451.

Digitized by Google

des opérations de recherche ou de surveillance des individus suspects. Le Bertillonage. — **289.** La photographie scientifique et le portrait parlé. — **290.** La fiche internationale. Difficultés.

278. L'évolution des directions scientifiques, en matière de preuve, se manifeste par les trois faits suivants :

1° La création, pour les futurs magistrats criminalistes, d'une systématisation des connaissances pratiques qui leur sont indispensables pour instruire et juger, rassembler les preuves et les apprécier : c'est la *criminalistique;*

2° L'organisation d'une *police judiciaire scientifique*, par l'enseignement et la pratique de certains procédés de constatations, de recherches, d'identifications;

3° La *psychologie judiciaire expérimentale*, qui apprend, particulièrement, à dégager le témoignage, c'est-à-dire le procédé de preuve le plus ordinaire en matière criminelle, de ses causes d'erreurs, à ne lui donner une valeur de certitude que s'il est conforme à toutes les *circonstances objectives* de l'affaire, avec lesquelles il doit nécessairement être mis en rapport et par lesquelles sa sincérité a besoin d'être confirmée.

Je reprends et j'examine cet ensemble de disciplines, qui forment autant de chapitres d'une science complexe, ayant pour objet l'étude psychologique et biologique des faits relatifs à l'activité judiciaire[1].

279. La mission du juge, en matière répressive, consiste à prononcer, dans une espèce déterminée, la sanction attachée, par la loi positive, à telle action ou à telle omission. Pour lui permettre d'accomplir sa tâche, il doit *connaître la loi* et *fixer les faits* qui donnent lieu à l'application de la loi. Par exemple, il faut qu'il sache, en cas de tentative d'assassinat, punie, par notre Code pénal, de la peine de mort, quel est le sens de ces mots « volontairement » de l'article 295, et « préméditation » des articles 296 et 297 du Code pénal, à quelles conditions

§ LI. [1] Tandis que la « psychologie criminelle » a pour objet l'étude psychologique et biologique des faits relatifs à l'activité criminelle, la « psychologie judiciaire » ne s'occupe pas du criminel ni de l'activité criminelle. Voy. Ed. Claparède, *La psychologie judiciaire* (*Année psychologique*, 1906), p. 274.

Digitized by Google

légales il y a « tentative », c'est-à-dire « commencement d'exécution du meurtre », etc. C'est là le côté juridique du problème qui lui est posé. Mais le juge doit, en outre, *fixer les faits*, c'est-à-dire en déterminer non seulement la réalité mais la signification, les interpréter, leur donner leur véritable portée, par exemple savoir, dans le cas de mort violente, quel a été le caractère de la mort, crime, suicide, quel mobile a eu l'action, découvrir l'agent qui se cache, reconstituer la scène du crime, établir, par tous les modes de preuve, et notamment par l'interrogatoire, les dépositions de témoins, les indices, la culpabilité de celui que le juge soupçonne d'être l'auteur de l'assassinat. A cet égard, la procédure criminelle demande plus d'initiative et plus d'habileté que la procédure civile. C'est au ministère public, au juge d'instruction, au juge de la culpabilité, à rechercher et recueillir la preuve : et cette opération, il doit l'accomplir vis-à-vis d'un inculpé qui a le plus grand intérêt à dérouter l'instruction et à égarer la justice. Pour arriver à cette fixation des faits, la bonne volonté n'est pas suffisante. Il faut, chez les professionnels qui ont pour mission de poursuivre, d'instruire et de juger, un ensemble de connaissances, qui ne s'acquièrent pas sans des études et des expériences préalables dont les inculpés ne doivent pas être les victimes. Systématiser toute la somme de savoir, d'expérience et de routine qui est nécessaire, tel est l'objet d'une branche d'étude, à laquelle, M. Hanns Gross, ancien procureur et juge d'instruction, actuellement professeur de droit pénal à Graz, a donné le nom, aujourd'hui consacré dans la littérature juridique, de « criminalistique ».

Son *System der Kriminalistik*, le premier traité d'ensemble sur cette branche de connaissances, a paru, comme 3e édition de son *Handbuch für Untersuchungesrichter*, et a été traduit dans un grand nombre de langues étrangères et notamment en langue française [1]. L'enseignement de la criminalistique doit

[1] Dr Hanns Gross, *Manuel pratique d'instruction judiciaire à l'usage des procureurs, des juges d'instruction*, etc., traduit de l'allemand par MM. Bourcart, professeur à la Faculté de droit de Nancy, Wintzweiller, professeur d'allemand au lycée de Nancy, 2 vol. in-8°, Paris, Marchal et Billard, 1899.

Digitized by Google

être commencé à l'Université, et il a, comme principal moyen pratique, ces laboratoires, créés, depuis quelques années, en France et à l'étranger, sous le nom de « musées criminels ». Là se trouvent cataloguées des collections d'objets et de documents, propres à la formation pratique des futurs juges d'instruction, procureurs et, en général, des officiers de police judiciaire, c'est-à-dire de tous les agents, appartenant, soit à l'ordre judiciaire, soit à l'administration, qui par leur profession, sont en contact quotidien avec les malfaiteurs, et sont chargés de la recherche et de la poursuite des crimes et des délits [3].

280. Dans ce même but, la *psychologie légale*, qui est l'ensemble des applications de la psychologie à la solution des problèmes juridiques, fournit des éléments d'une application pratique immédiate.

La psychologie légale comprend deux branches : la psychologie du « juge », la psychologie du « déposant [4] ». J'entends par « juge », en me plaçant au point de vue du procès criminel, tout magistrat, tout juré, tout agent judiciaire qui a le

Cette traduction est précédée d'une préface de M. Gardeil, professeur de droit criminel à la Faculté de Nancy. Elle a été faite sur la 2e édition allemande. La 3e édition allemande porte le titre nouveau : « *System der Kriminalistik* ». Depuis octobre 1898, M. Gross fait paraître une revue spéciale, consacrée à l'anthropologie criminelle et à la statistique, sous ce titre : *Vierteljahrsschrift für Kriminalanthropologie und Kriminalistik*, Leipzig, F. C. W. Vogel. Gross est également l'auteur d'un traité de psychologie criminelle : ***Kriminal-psychologie*** (2e éd., Leipzig, 1905), et l'un des initiateurs, dans les pays de langue germanique, avec W. Stern de Breslau, de ces expériences sur le témoignage dont nous parlons ci-dessous, nos 288 et suiv.

[3] Le congrès d'anthropologie criminelle, tenu à Turin en 1906, a émis le vœu « que chaque gouvernement recueille les objets en confiscation desquels il peut disposer et qui à présent restent inutilisés et souvent sont détruits, dans un musée nécessaire pour le progrès des études légales et de police judiciaire ».

[4] Hanns Gross subdivise la psychologie criminelle en deux grandes sections qu'il intitule, l'une « subjective », l'autre « objective ». Mais voir critique par Ed. Claparède, *Psychologie judiciaire*, dans *l'Année psychologique*, publiée par Alfred Binet, 1906, p. 285 à 302.

Digitized by Google

devoir de donner une solution à la question de culpabilité ; par « déposant », tout témoin, plaignant, inculpé, prévenu, dont les actes ou les dépositions servent de fondement à l'appréciation et au jugement du magistrat ou du juré.

Pour rechercher et déterminer les lois psychologiques qui gouvernent les opérations du jugement et du témoignage, on peut employer et combiner deux méthodes [5] :

La *méthode d'observation* [6]. — On recueille, dans les faits quotidiens, des *observations*, notées avec une précision scientifique, et capables de fournir des données certaines sur les conditions et les résultats du fonctionnement de l'activité judiciaire.

La *méthode d'expérimentation*. — On procède à des expériences de laboratoire, dont la mise en œuvre et l'application sont, dans cette matière, relativement aisées, et que tout criminaliste, qui en connaît la technique, peut inaugurer ou renouveler [7].

281. Le juge doit chercher à éviter les erreurs subjectives qui le menacent, à chaque pas de sa route, dans les deux opé-

[5] Voy. sur ces deux méthodes : Larguier des Bancels, *La psychologie judiciaire*, dans *Année psychologique*, 1906, p. 179.

[6] On trouvera, dans deux revues, de nombreuses applications de cette méthode, basée sur des « espèces », des « cas », recueillis dans les annales judiciaires, l'histoire, la vie de tous les jours : la revue de Gross, *Archiv für Kriminalanthropologie;* et celle de Stern, *Beiträge zur Psychologie der Aussage.*

[7] Depuis quelques années, la psychologie est entrée dans une voie nouvelle, sous l'influence et l'initiative de trois hommes dont les noms sont familiers à tous ceux qui s'occupent de questions psychologiques : Wundt, qui, en 1878, ouvrait, en Allemagne, le premier laboratoire de psychologie expérimentale; Charcot, qui, à la même époque, inaugurait ses recherches sur l'hypnotisme chez les hystériques; Ribot, qui, par la publication de ses ouvrages et la fondation de la *Revue philosophique*, donnait, en France, une vive impulsion aux études de psychologie expérimentale. Voy. Alfred Binet, *Introduction à la psychologie expérimentale* (Paris, Alcan, 1894); Sanfort, *Cours de psychologie expérimentale*, trad. de l'anglais par Schinz, 1900; Toulouse, Vaschide et Piéron, *Technique de psychologie expérimentale* (Paris, 1904).

Digitized by Google

rations qui lui sont confiées : l'*acquisition des matériaux de preuve*, le *jugement basé sur ces matériaux*[8].

I. Au premier point de vue, ce qu'il importe au juge de connaître, c'est la psychologie de la perception, la sienne, comme celle des témoins. Gross[9] a donné, à cet égard, une foule d'exemples intéressants, des illusions qu'il faut éviter, comme des faits auxquels il faut attacher de l'importance. Il estime, par exemple, que l'attitude extérieure du témoin, les traits de son visage, sa physionomie, ses gestes peuvent révéler beaucoup plus la pensée subconsciente de celui-ci que les paroles qu'il exprime[10]. Mais qu'à l'inverse, on doit s'abstenir de tirer des déductions de faits dont la signification n'a pas été établie par une expérience rigoureuse, tels que la rougeur du visage, etc.

II. Au second point de vue, il est assez difficile d'organiser une expérimentation sérieuse des facteurs psychologiques du jugement. On peut néanmoins examiner cette opération, au double point de vue de : — la *psychognostique :* aptitude à bien juger ; influence du sexe, de l'âge, de la profession sur la faculté de juger correctement ; effets de la fatigue, du type mental, etc. ; — la *psychotechnique :* conditions pour élaborer un jugement correct ; types de jugement, le type décidé et le type hésitant, le type prudent et le type insouciant, etc.

Mais ce sont là des questions qui ne ressortissent pas au régime de la preuve.

282. Le témoignage, qui est la transmission d'un fait par celui qui l'a constaté *propriis sensibus*, est le principal mode de preuve en matière criminelle. Des recherches expérimentales, dans le but de contrôler sa valeur et sa sincérité, ont permis d'établir les bases d'une « psychologie du témoignage », dont les méthodes et les conclusions sont empruntées, soit à la

[8] Ed. Claparède, *La psychologie judiciaire*, *op. cit.*, p. 278 à 288.

[9] *Op. cit.*, t. 1, p. 140.

[10] C'est un des avantages du régime de l'oralité de la preuve que de mettre le juge en présence du témoin, de lui permettre ainsi de tenir compte de son attitude extérieure.

Digitized by Google

psychologie expérimentale proprement dite, soit à la *psychologie morbide*[11].

283. Le témoignage doit être soumis à une triple critique, *clinique, pénale, expérimentale*. En effet, les causes d'erreurs et de faux témoignages peuvent tenir à trois causes.

1. Il y en a qui proviennent d'un état morbide du témoin : celui-ci est un aliéné ou, tout au moins, un psychopathe. A cet égard, les principaux types qui appellent l'attention et dont il faut particulièrement se défier au point de vue de la sincérité du témoignage, sont : 1° les hallucinés qui croient voir et entendre ce qu'ils n'ont ni vu ni entendu[12] ; 2° les hystériques dont le caractère dominant est l'autosuggestibilité[13] ; 3° les débiles mentaux, parmi lesquels se recrutent tous ces faibles d'esprit, avec déficits moraux, dont le témoignage n'offre aucune garantie[14] ; 4° les imaginatifs qui exagèrent, grossissent et déforment les faits[15].

[11] Voy. sur ce point : Binet, *Psychologie individuelle. La description d'un objet* (*Année psychologique*, 1897, p. 296) ; *id.*, *La science du témoignage*, (*Année psychologique*, 1905, p. 128-137) ; Borst et Claparède, *La fidélité et l'éducabilité du témoignage* (*Archives des sciences physiques et naturelles*, 7 avril 1904). Pour les articles publiés dans la revue de Stern (*Beiträge zur Psychologie der Aussage*), voy. la bibliographie publiée dans *Année psychologique*, 1906, p. 231, à la suite de l'article de Larguier des Bancels, *La psychologie judiciaire* (p. 132 à 155). Sur les travaux allemands dans ces dernières années : Dr P. Ladame, *Arch. d'anthropologie crim.*, 1904, p. 394 ; 1906, p. 256, p. 364.

[12] Les illusions ne sont pas dues seulement à une hallucination morbide. Cfr. l'intéressante observation de Gross relative à la main du pape saint Sixte dans le tableau de la madone sixtine de Raphaël. Cette main a six doigts, ce qu'aucun critique n'aurait remarqué (*Beiträge zur Psychologie der Aussage*, t. 1, p. 157).

[13] La littérature de cette question est déjà considérable. Voy. notamment : Ottolenghi, *La suggestion*, p. 278 et s. ; 621 et s., 625 et s. ; Lefort, *L'hypnotisme au point de vue juridique* (*Rev. gén. du droit*, 1888, p. 37) ; Lilienthal, *Der Hypnotismus in das Strafrecht Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenchaft.*, t. VII ; Wundt, *Hypnotisme et suggestion* (Paris, Alcan, 1893), ch. IV ; Lefèvre, *Les phénomènes de suggestion et d'autosuggestion* (Paris, 1903) ; Binet, *La suggestibilité* (Paris, 1900), chap. VI, *L'interrogatoire*.

[14] Le mensonge des dégénérés a fait l'objet de *Notes sur la psychologie des arriérés* dans *Arch. de psychologie*, t. 2.

[15] A ce point de vue, il existe un syndrome mental qui consiste à racon-

Digitized by Google

La démonstration d'un trouble pathologique de la mémoire doit suffire pour rendre inutilisables les témoignages d'un psychopathe, sans qu'il soit besoin de fournir la preuve que tel témoignage particulier est erroné, car, dans la plupart des cas, cette preuve est impossible. La législation positive devrait donc écarter, comme témoin assermenté, tout individu dont le témoignage et les perceptions sont influencés par une maladie mentale ou la faiblesse d'esprit [16].

II. D'autres causes d'erreur affectent un caractère criminel et rentrent dans le domaine des faux témoignages conscients, dont les mobiles sont l'intérêt, la haine, la vengeance, etc. Nous ne nous en occuperons pas davantage, c'est au droit pénal à prévoir et à punir ce fait comme délit [17].

III. Enfin, il y a les causes d'erreur ressortissant à la psychologie normale : faux témoignages inconscients, d'individus normaux, qui se trompent eux-mêmes, sans le vouloir et sans s'en douter. A cet égard, les méthodes d'expérimentation, dans le but de rechercher les erreurs et les illusions des perceptions sensuelles, de la mémoire, de l'association des idées, etc., l'influence exercée sur une personne par la manière de poser les questions, etc., ont produit des résultats, tels que la pratique judiciaire ne saurait plus se passer de certaines données lui permettant de rechercher exactement les diverses formes du témoignage, les causes qui peuvent le fausser et la véritable nature des constatations et des appréciations qui sont affirmées.

284. La certitude du témoignage dépend de trois éléments : la compréhension normale des perceptions; la capacité de fixer l'attention; la faculté de reproduire exactement ce qui a

ter des histoires extraordinaires et impossibles, sans aucun but apparent, des « tartarinades », du nom du héros d'Alphonse Daudet, « Tartarin ». Delbrück, *Die pathologische Lüge* (Stuttgard, 1891) qui l'a profondément décrit et étudié, l'a baptisé « *Pseudologia phantastica* ».

[16] Par suite, l'expertise médicale sur la valeur mentale d'un témoin, peut et doit être ordonnée toutes les fois que cela paraît nécessaire.

[17] Voy. mon *Traité théor. et prat. du droit pénal* (2e éd.), t. 5, nos 2014 à 2029.

Digitized by Google

été perçu, c'est-à-dire une mémoire sûre et fidèle. Or, ces qualités, essentielles pour remplir la fonction de témoin, ne sont pas en rapport de dépendance avec la bonne volonté du sujet. Ce sont, du reste, des qualités *subjectives* que le juge est obligé d'objectiver avec les éléments de fait que lui fournit le procès. Il existe donc une « science pratique du témoignage », dont l'objet est de coordonner et d'assimiler les éléments fournis par l'expérimentation scientifique.

285. Quels sont les caractères du témoignage? Quelques thèses doivent être posées.

I. *Un témoignage entièrement fidèle n'est pas la règle; il est l'exception.* — Cette proposition, que Stern a le premier basée sur des recherches expérimentales, est le résultat capital des travaux exécutés, jusqu'ici, sur « la psychologie du témoignage ». Les déclarations du témoin peuvent porter sur un événement auquel il a assisté, sur une image qu'il a observée, sur une conversation, une phrase, qu'il a entendue : spontanées, elles sont rarement exactes; provoquées par des questions, elles ne le sont jamais. D'abord, le témoignage n'est pas complet, puisque l'observation la plus rapide que nous faisons de nos souvenirs révèle « l'aspect lacunaire, simplifié des images dont nous disposons et qui fondent le témoignage »[18]. Puis, l'étendue même de nos souvenirs n'est pas une garantie de leur fidélité. Enfin, l'influence du temps sur la valeur du témoignage, celle des témoignages successifs les uns sur les autres, viennent encore s'exercer pour déformer la vérité de nos impressions et de nos souvenirs. Voilà une première série de données dont il faut tenir compte.

II. *Ce que le témoignage gagne en étendue, lorsqu'il est provoqué par des questions, il le perd en fidélité.* — Il faut donc, si l'on veut extraire d'une déposition sa constante de certitude, bien distinguer entre le témoignage, suivant qu'il est spon-

[18] Larguier des Bancels, *op. cit.*, p. 205. La valeur psychologique des témoignages a été examinée au Congrès d'anthropologie criminelle de Turin de 1906 sur les rapports de Brusa et Angiolini (Voy. *Archives d'anthropologie crim.*, 1906, p. 459 à 461).

Digitized by Google

tané, forcé, suggéré. Sans doute, l'interrogatoire est de nature à étendre le champ du témoignage, mais ce n'est qu'aux dépens de son exactitude. Toutes les expériences faites ont établi que les témoignages spontanés étaient entachés de moins d'erreurs que ceux résultant de questions posées. Quant à la suggestibilité, dans l'interrogatoire, il faut s'en défier comme d'un des procédés les moins sûrs et les plus dangereux. Une série d'erreurs judiciaires ont pour cause des témoignages suggérés par des questions captieuses.

III. « Comme le champ de la mémoire forcée est plus vaste que celui de la mémoire spontanée, la « *mémoire de reconnaissance* » les déborde l'un et l'autre; et tel qui ne saurait évoquer l'image d'un accusé ou décrire l'aspect d'une « pièce à conviction », les reconnaîtra tout de suite lorsqu'il les aura sous les yeux [19] ».

La mémoire de « reconnaissance » est, du reste, une des plus sujettes à erreur. Le résultat d'expériences collectives, qui peuvent se renouveler facilement dans tout laboratoire, démontre : d'une part, combien la mémoire est fragile, même quand l'attention a été appelée sur les éléments de l'identité; d'autre part, combien la confrontation, telle qu'elle est ordinairement pratiquée, l'examen des pièces à conviction, etc., constituent de « puissantes machines à suggestion » et offrent de dangers.

Une reconnaissance d'identité ne doit être jugée valable que si le témoin a désigné le prétendu coupable, parmi un certain nombre de personnes lui ressemblant plus ou moins, ou son portrait, dans une série de photographies. L'expérimentation a démontré qu'on ne doit ajouter aucune créance aux indications données sur l'identité, spécialement à celles qui portent sur la couleur des cheveux, la forme de la barbe, les vêtements et leur couleur, lorsque l'attention du témoin n'a pas été attirée d'une manière particulière sur ces détails. La confrontation « au choix » est une opération qui s'impose, surtout au début de la procédure et dans le cabinet d'instruction.

[19] Larguier des Bancels, *op. cit.*, p. 209.

Digitized by Google

IV. *La fidélité d'un témoignage, même chez un témoin d'une entière bonne foi, est en raison inverse de son assurance.* — Ce résultat, inattendu et paradoxal en apparence d'expériences nombreuses, est gros de conséquences pour la pratique judiciaire. Plus on arrive à réfléchir sur ce que l'on a vu, entendu, et retenu, plus on devient circonspect dans ses affirmations : le bon témoin sait douter. Les hallucinés, les imaginatifs, les hystériques déposent souvent avec l'assurance que leur donne la force de conviction de leur délire, de leur imagination, de leur hystérie, et leurs dépositions, si affirmatives, souvent faites avec un accent impressionnant de sincérité, ont une action de conviction décisive sur les juges et surtout sur les jurés.

V. Le « *contenu du témoignage* », c'est-à-dire les divers éléments qui interviennent dans la déposition, n'a pas la même valeur de certitude. A ce point de vue, telle catégorie, par exemple les nombres et les couleurs, n'est pas conservée et reproduite avec la même fidélité que telle autre, les qualités, les relations d'espace, les personnes, les objets. Mais les expériences qui ont été faites dans cette direction ne donnent que des résultats fort incertains et quelquefois contradictoires.

VI. La *psychologie individuelle* du témoignage, suivant le sexe, l'âge, les types, les professions, ne permet pas non plus de conclusions bien précises. Le témoignage de l'*enfant* notamment a été, tour à tour, l'objet des appréciations les plus opposées. Tandis que la plupart des criminalistes et des médecins ne lui accordent qu'une confiance limitée et posent, comme une règle presque absolue, que la défiance de ce témoignage est le commencement de la sagesse[20], quelques autres, parmi

[20] Sur la disposition des enfants au mensonge, leur impressionnabilité et leur suggestionnabilité, et sur la réserve avec laquelle doit être accueilli leur témoignage : Dr Motet, *Les faux témoignages des enfants devant la justice* (Paris, Baillère, 1887); Dr Bérillon, *Rapport au Congrès d'anthropologie criminelle de Genève*, 1896, p. 167, 168 et s.; Dr Cazes, *Les enfants menteurs* (*Revue des Revues*, 15 nov. 1895, p. 368); Ottolenghi, *La suggestione* (*Turin*, 1900), p. 236 à 249, p. 268 à 275; Albanel et Legras, *Sem. médicale*, 1895; Emile Fourquet, *Les faux témoins*, Essai de psychologie criminelle, Préface par G. Tarde (Chalon-sur-Saône, 1901), notamment p. 60 à 83.

Digitized by Google

lesquels il faut citer Gross, lui reconnaissent une valeur assez élevée. « Le témoignage des *hommes* est moins étendu que celui des *femmes*, mais il est plus fidèle ». Cette conclusion, que Stern formulait à la suite de ces premières recherches et qu'il a maintenue depuis[21], a été confirmée par certains psychologues, mais contredite par d'autres.

286. Dans les limites que nous venons d'indiquer, les recherches qui ont été faites sur la « psychologie du témoignage » ne permettent pas encore et ne permettront peut-être jamais de poser des règles assez rigoureuses pour qu'on puisse arriver à corriger *objectivement*, à leur aide, les dépositions faites devant la justice. Il est néanmoins permis de dégager certaines données, d'un intérêt pratique évident, et qu'une psychologie élémentaire pourrait formuler en un petit nombre de propositions [22].

I. L'erreur est un élément constant du témoignage. Le témoignage sincère ne mérite pas la confiance qu'on lui accorde communément.

II. Les erreurs sont beaucoup moins nombreuses dans le récit spontané que dans l'interrogatoire.

III. La valeur d'une réponse dépend étroitement de la forme de la question qui l'a provoquée. La réponse forme avec la question un tout indivisible.

IV. Toute question, dont la forme implique une suggestion, doit être évitée. Les enfants, en particulier, n'opposent qu'une résistance minime aux suggestions de l'interrogatoire.

V. Les données relatives au signalement d'un individu ne méritent, en général, qu'une confiance très restreinte. Les renseignements qui portent sur les couleurs n'ont pratiquement aucune valeur.

[21] Stern, *Beiträge zur Psychologie der Aussage*, 1905, p. 73 à 81.

[22] Je les emprunte textuellement, sauf la dernière à laquelle je donne une formule plus précise, à Larguier des Bancels, *La psychologie judiciaire*, (*Année psychologique*, 1906), p. 230. Comp. du reste, Emile Fourquet, *Les faux témoins*, *passim*.

Digitized by Google

VI. Le serment n'est qu'une garantie relative de la sincérité du témoignage [23].

287. Sous une autre forme, des essais ont été tentés, dans divers pays, pour donner aux agents soit judiciaires soit administratifs des connaissances suffisantes et une préparation pratique sur tout ce qui concerne les crimes et les criminels [24]. Cet enseignement de la « police scientifique » porte spécialement sur trois points : 1° les recherches et les constatations à faire sur les lieux, dans les descentes et transports de police, les traces à relever sur le cadavre ou le corps de la victime, etc., et la méthode pratique, à employer pour conserver et relever ces traces; 2° le signalement somatique, anthropométrique et descriptif, la photographie judiciaire et le portrait parlé des inculpés ou condamnés; 3° le signalement anthropométrique,

[23] Je ne veux pas dire qu'il faut le supprimer, mais qu'il ne faut pas trop compter sur cette garantie.

[24] Sur les progrès à réaliser dans l'organisation de la police et les moyens dont elle dispose : S. Ottolenghi, *L'insegnamento universitario della polizia giudiziaria scientifica* (Turin, Bocca, 1897); *id., La police scientifique en Italie* (*Archives d'anthropologie criminelle*, 1903, p. 798 à 807); *id., La polizia scientifica in Italia*, a proposto del Programma de « Criminologia » di A. Niceforo (*La Scuola positiva*, 1903, p. 299); Alongi, *Manuale di polizia scientifica* (Milan, 1898); Virgilio Rossi, *Polizia empirica et scientifica* (Aquila, 1898). Enrico Ferri, *Sociologie criminelle* (trad. Terrier), constate que « l'identification anthropométrique des délinquants (bertillonnage) est devenu historiquement le noyau initial du cours de police scientifique institué d'abord par Ottolenghi comme cours libre à l'Université de Sienne en 1896, puis comme cours officiel par un décret de Zanardelli (25 oct. 1903), et rendu obligatoire pour tous les fonctionnaires de police de tout l'État. C'est un cours de police scientifique (avec un cabinet qui en dépend), dans lequel Ottolenghi, transféré aussi à l'Université de Rome pour la médecine légale, enseigne, outre le simple bertillonnage, de l'anthropologie et de la psychologie criminelles, toutes choses, qui ont rapport avec les fonctions de la police pour rechercher et fixer les traces des délits et des délinquants et pour surveiller les individus suspects ». Voy. dans *Arch. d'anth. crim.*, 1905, p. 698 à 704, les observations de Locard à propos d'un article de la *Rivista penale*. Voy., sur la police scientifique, les discussions qui ont eu lieu au Congrès d'anthropologie criminelle de Turin de 1906 (*Arch. d'anthropologie crim.*, 1906, p. 444 à 449).

Digitized by Google

biologique, psychologique et anamnestique de ces mêmes individus. Cet enseignement doit être, par son objet et sa nature, rattaché à l'enseignement de la médecine judiciaire dont il forme le complément.

288. De tout temps, on s'est préoccupé *d'identifier* les criminels, soit en vue de leurs antécédents judiciaires et pour permettre aux juges de faire l'application des lois sur la récidive, soit en vue des opérations de police qui visent la recherche ou la surveillance d'individus en liberté.

La preuve matérielle de certaines condamnations fut longtemps procurée par le moyen de *mutilations* ou de *marques*[25]. Ce procédé n'a même disparu de la législation française que par la révision du Code pénal, le 28 avril 1832 (art. 12).

Les moyens employés, jusqu'à ces derniers temps, pour reconnaître les malfaiteurs et constater leur identité, tels que signalements ordinaires, témoignages et attestations de personnes ayant antérieurement connu l'inculpé, photographies, etc., manquaient évidemment de précision et de certitude.

Un procédé scientifique, l'application de l'*anthropométrie*[26] à la prise du signalement et à sa recherche, permet, aujourd'hui, d'identifier rigoureusement tout individu qui a passé par les prisons et qui y retourne. C'est à un savant français, M. Alphonse Bertillon, qu'est dû le système d'identification par le moyen des signalements anthropométriques[27], auquel

[25] Voy. Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, p. 409; Jousse, *op. cit.*, t. 1, p. 57 et 58.

[26] On sait que le premier qui ait eu l'idée de l'*anthropométrie* est Quételet, secrétaire perpétuel de l'Académie royale de Belgique, qui, en 1871, publia l'ouvrage intitulé : *L'anthropométrie ou mesures des différentes facultés de l'homme.* Mais Quételet n'eut pas l'idée d'utiliser le procédé qu'il avait découvert pour l'identification des criminels.

[27] Proposé à l'Administration dès 1879, ce procédé fut inauguré au Dépôt, en 1882. Des circulaires du ministre de l'Intérieur du 13 novembre 1885, du 7 mars 1887, du 28 août 1888, du 25 août 1893, étendirent la nouvelle méthode d'identification à toutes les prisons de France, l'appliquèrent à tous les individus incarcérés et organisèrent la centralisation, à Paris, de

Digitized by Google

on donne ordinairement, par reconnaissance des nombreux services qu'il a rendus, le nom de son auteur, le *Bertillonage* [28].

Le fonctionnement du système anthropométrique comprend deux parties fondamentales et distinctes : 1° Le *relevé du signalement humain*, c'est-à-dire la description et la notation, à l'aide de méthodes empruntées à l'anatomie et à l'anthropologie, des caractères les plus propres à différencier un homme de ses semblables et à constituer son individualité physique; 2° La *classification sériée des signalements*, permettant, avec la plus grande facilité, d'isoler un signalement donné, à travers des milliers d'autres, et de conclure rigoureusement et scientifiquement de l'identité du signalement à l'identité de l'individu.

I. Le système de prise de signalement repose sur ces deux faits d'observation : qu'il n'est pas possible de trouver deux hommes absolument identiques; que certaines dimensions anatomiques du corps, certains signes, certaines particularités relevés sur le corps, ne se modifient pas chez les *adultes* et peuvent être notés d'une façon définitive. Ce système

toutes les fiches signalétiques dressées dans les diverses prisons. Une circulaire du 23 mars 1897, provoquée par un incident qui a eu son écho à la Chambre des députés (abus de mensuration sur la personne d'un député), excepte de la mensuration les personnes arrêtées pour motifs politiques, celles incarcérées à la requête des familles, celles dont la notoriété publique est incontestable, les condamnés de simple police, et pour délits de presse ou politiques. En cas de doute, le gardien-chef doit en référer aux préfets, sous-préfets et procureur de la République. Toutes ces circulaires sont rapportées au *Code pénitentiaire*.

[28] Bertillon a exposé son système au Congrès pénitentiaire international et au Congrès d'anthropologie criminelle, tenus à Rome en 1885 (*Actes du Congrès pénit. intern. de Rome*, t. 1, p. 689 et suiv.; *Actes du Congrès d'anth. crim. de Rome* de 1885, p. 151). — D'intéressants renseignements sur le fonctionnement du système anthropométrique, accompagnés de gravures qui illustrent le texte, ont été donnés : 1° dans *l'Almanach Hachette* de 1896, p. 374; 2° dans les *Lectures pour tous* (Revue Hachette) de 1901, p. 539 à 546. Voy. également : *Répert. alphabétique du droit français*, v° *Identité*, n°s 63 à 77; Lacassagne, *Précis de médecine légale* (Masson, 1906), p. 213 à 217.

Digitized by Google

consiste : 1° en certaines mensurations corporelles exprimées en chiffre, constituant le *signalement anthropométrique ;* 2° en une description morphologique exacte de la personne, constituant le *signalement descriptif ;* 3° en une description détaillée des signes particuliers : cicatrices, tatouages, nœvi (grains de beauté), etc., relevés sur diverses parties du corps, ou *signalement des marques* particulières, auxquelles sont actuellement ajoutées les *empreintes digitales*[29], et la photographie scientifique, lorsqu'elle est possible.

Les renseignements relatifs à chaque individu et des photographies de profil et de face sont collées sur une fiche, en carton mince, d'un modèle uniforme. Chaque fiche signalétique est recopiée. La fiche originale est dite *fiche alphabétique ;* la copie est dite *fiche anthropométrique*. La fiche originale alphabétique est classée alphabétiquement, d'après la phonation du nom patronymique déclaré. La réunion de ces fiches forme un répertoire alphabétique qui est utilisé, lorsqu'un individu ne dissimule pas son nom, pour savoir s'il a été déjà mensuré, pour dispenser de toute nouvelle opération anthropométrique et permettre de trouver immédiatement le signalement

[29] Un médecin anglais, le Dr Galton, ancien président de l'Institut anthropologique de Londres, mettant à profit une remarque qui avait été faite en 1823 par Purkinge de Breslau, a constaté que les sillons parallèles qui existent sur la peau, aux extrémités des doigts, sont toujours les mêmes, pour un même individu, et varient toujours d'un individu à l'autre. Il en a déduit un nouveau système d'identification. Ce procédé des empreintes digitales a été mis en pratique, en France, depuis 1894, et une place spéciale est réservée, sur les fiches anthropométriques, à l'impression de l'extrémité antérieure des doigts des deux mains. Voy. Ferri, *Sociologie crim.*, (trad. Terrier), p. 517, note 2; Lacassagne, *Précis de médecine légale* (Masson, 1906), p. 209. La dactyloscopie (c'est le nom donné à ce procédé d'identification par les empreintes des doigts) a trois avantages : « 1° la simplicité de confection des fiches ; 2° la possibilité de l'appliquer aux femmes, sur lesquelles il n'est point d'usage de pratiquer l'anthropométrie cranienne à cause des cheveux ; 3° la possibilité de l'appliquer aux jeunes gens, les empreintes étant immuables depuis le sixième mois de la vie fœtale jusqu'à la mort. Tandis que la longueur des doigts se modifie avec l'âge, fait important à une époque où la délinquence juvénile est considérable ». Lacassagne, *op.* et *loc. cit.*

Digitized by Google

de tout individu arrêté, dont on connaît le nom et qui a été déjà anthropométré. Dans quelques grandes ville, notamment à Lyon, où existe un service spécial d'identification, la copie ou *fiche anthropométrique* est classée dans la prison [30]. Enfin une copie de la fiche alphabétique et une copie de la fiche anthropométrique sont dressées et expédiées au ministre de l'Intérieur, sous le couvert du 1er bureau, qui les fait parvenir au bureau du service anthropométrique, où elles sont toutes centralisées.

II. Toutes les fiches signalétiques, prises en double expédition sur des cartons de dimensions différentes, sont centralisées à Paris et classées dans le local du service anthropométrique. Une double opération est faite dans ce but.

Une *classification alphabétique*, qui n'offre aucune difficulté d'installation et de recherche, et qui est utilisée lorsqu'on connaît le nom d'un individu, pour retrouver son signalement et ses antécédents. C'est la classification la plus souvent consultée : la plupart des récidivistes ne dissimulant ni leur identité ni leurs antécédents.

Une *classification anthropométrique*, qui est utilisée pour découvrir et constater l'individualité et l'identité cachées, inconnues ou douteuses de prévenus arrêtés qui dissimulent leur nom. Mais, à ce point de vue, se posait un problème, jusque-là presque insoluble : étant donné un individu, l'identifier à l'aide de ses longueurs et dimensions osseuses. M. Bertillon a trouvé une solution ingénieuse de ce problème, par un classement des fiches anthropométriques, à l'aide de subdivisions qui permettent, par des éliminations successives, de n'avoir à chercher que dans une dernière série de douze fiches [31]. Lorsqu'on est arrivé à ce groupe, si on n'y trouve pas la fiche cherchée, c'est la preuve qu'il n'y a pas eu men-

[30] Sur l'organisation du service anthropométrique dans la prison de courte peine de Lyon : Lacassagne, *Précis de médecine légale*, p. 216.

[31] Le procédé de classification est si ingénieusement établi que la recherche, pour un agent expérimenté, se fait en quelques minutes. Il nous est impossible, on le comprend, d'en entreprendre l'exposé. Ce sont choses qu'il faut voir fonctionner, pour s'en faire une idée bien exacte.

Digitized by Google

suration antérieure. Si on trouve la fiche cherchée, l'identité est établie par la conformité du signalement et complétée par la photographie, dans le cas où elle est jointe à la fiche.

289. Le signalement anthropométrique ne peut être appliqué qu'en cas d'arrestation; il permet de retrouver, avec une précision infaillible, le passé judiciaire de tout individu qui entre dans une prison. Pour les opérations de police qui visent la recherche ou la surveillance d'individus en liberté, ce signalement n'est plus que d'une utilité restreinte. On a, il est vrai, le portrait photographique : la police cherche à se le procurer et, quand elle y est parvenue, elle le fait reproduire et distribuer aux agents chargés des recherches. Mais l'expérience prouve, par de nombreux mécomptes, la difficulté de retrouver quelqu'un au moyen de sa photographie. La ressemblance physionomique d'ensemble est incertaine. D'une part, en très peu de temps, la photographie date; il se produit des dissemblances notables entre l'homme d'aujourd'hui et l'homme de hier. D'un autre côté, il existe des ressemblances si frappantes, entre personnes différentes, que des erreurs fâcheuses peuvent se produire : chacun de nous a ses sosies. M. Bertillon a montré, dans un livre spécial, consacré à la *photographie judiciaire*[32], que cette cause d'impuissance de la photographie était due à l'absence de méthode appropriée et qu'au contraire le portrait photographique[33] pouvait donner un instrument

[32] *La photographie judiciaire* (Paris, Gauthier-Villars, 1890). Comp. Reiss, chef des travaux photographiques de l'Université de Lausanne, *La photographie judiciaire* (Paris, Mondal, 1903); Groos, *Manuel pratique*, etc., t. 1, p. 280 à 314, a consacré quelques pages intéressantes à ce sujet. Voy. également : Lacassagne, *Précis*, etc., p. 177.

[33] L'opération doit être faite suivant des règles fixes : 1° Elle doit être prise à la fois de *face* et de *profil* : — de face, pour permettre et faciliter la reconnaissance du sujet par les personnes qui l'ont vu et ne l'ont généralement examiné que de face ou des trois quarts et connaissent surtout sa physionomie que la photographie de face reproduit mieux que celle de profil ; — de *profil*, parce que c'est le profil surtout qui donne l'individualité et fixe la figure. 2° Tous les sujets sont photographiés tête nue. Les oreilles doivent toujours être dégagées de la chevelure, pour le profil comme pour la face.

Digitized by Google

efficace de recherche et de reconnaissance d'identité, si l'on parvenait à l'analyser, à le décrire, à l'apprendre par cœur pour ainsi dire. C'est ainsi que fut créé le signalement descriptif ou « *portrait parlé* »[34].

Le *portrait parlé* est la description minutieuse et méthodique de l'extérieur d'une personne, faite au moyen d'un vocabulaire technique spécial, en vue de sa recherche et de son identification sur la voie publique.

Les notations caractéristiques s'inscrivent sur une fiche imprimée en termes convenus.

Ce signalement est destiné à être appris par cœur, et il peut, au besoin, se transmettre par télégraphe, sans rien perdre de sa rigueur.

Les caractères physionomiques sont divisés en deux grandes classes : *chromatiques* et *morphologiques*. — Les premiers comprennent la couleur des cheveux, de la barbe, du teint, et surtout les nuances si variées de l'iris. La couleur de l'œil présente, en effet, autant de fixité chez le même individu que de variabilité d'un individu à un autre. — Les seconds s'appliquent aux traits du visage examinés méthodiquement, entre autres à la description de l'oreille. En effet, cette partie du corps présente une telle variété de configuration qu'il paraît impossible de trouver deux oreilles identiques et que, de l'identité de cet organe, on peut conclure à l'identité de l'individu. Et cette particularité, démontrée par l'expérience, est d'autant plus utile que, pour identifier un individu sur la voie publique, l'oreille peut être examinée à loisir, sans attirer l'attention du sujet [35].

3° Les clichés ne doivent être l'objet d'aucune espèce de retouche, sous quelque prétexte que ce soit. 4° Le buste seul est photographié à 1/7 de la grandeur naturelle.

[34] Sur le portrait parlé : *Rev. pénit.*, 1899, p. 1083 à 1087.

[35] Les agents des brigades de recherche ont un album donnant en réduction la fiche bertillonienne, l'abrégé du portrait parlé, de tous les individus recherchés depuis quinze ans pour une raison quelconque. Cet album est comme un dictionnaire portatif, facile à consulter. On l'appelle D. K. V., parce qu'il donne en abrégé les caractères distinctifs du nez et de l'oreille.

Digitized by Google

290. L'extension internationale du système anthropométrique et les échanges de renseignements qui peuvent être fournis par ce procédé entre les polices et les justices des divers États, serait de nature à diminuer les chances d'impunités et aiderait particulièrement à la répression des criminels internationaux. Actuellement, le système d'identification anthropométrique est adopté par tous les États de l'Europe, à l'exception de la Turquie. Il fonctionne aux États-Unis, dans la République Argentine, au Japon. Un vœu tendant à le rendre international a été adopté au congrès pénitentiaire international de Paris, de 1895 [36]. Le premier moyen d'y parvenir serait d'avoir, dans toutes les parties du globe, une méthode d'identification unique, telle que tout agent de police, quelles que soient sa nationalité et sa langue, puisse user, sans autre préparation que son expérience antérieure, de la fiche étrangère qui lui est transmise, ou du signalement que le télégraphe lui envoie. Mais un obstacle, qui n'est pas insurmontable, s'y est opposé jusqu'ici. Les modes d'identification, adoptés par les divers États, se ramènent à trois types : 1° le système des fiches bertilloniennes (France, Belgique, Suisse, Russie, Roumanie, Mexique, etc.); 2° le système des fiches dactyloscopiques Galton (Indes, Angleterre, colonies anglaises, Allemagne, Autriche, Égypte, Portugal); 3° le système des fiches dactyloscopiques Vucetich (Amérique du

Sur la marge de l'album, on lit les syllabes DEQ (d'équerre), CAR (concave ou rectiligne), VEX (convexe), TRAV (traversé), SEP (séparé), SA (saillant). Voir la reproduction d'une demi-feuille de cet album dans le *Précis* de Lacassagne (p. 181). Lorsque l'agent a, devant lui, un individu qui dissimule son identité ou qu'il soupçonne de se cacher, il relève, sur nature, les indications signalétiques très apparentes, puis il se reporte aux notes marginales combinées et arrive bientôt à la page où se trouve le portrait parlé lorsque l'individu suspect figure dans l'album. Si, à cette page, la fiche est absente, l'agent a de suite la preuve qu'il est sur une fausse piste.

[36] *Actes du congrès pénitentiaire intern. de Rome*, t. 1, p. 689 et s. Voy. également : *Actes du congrès d'anthropologie criminelle de Bruxelles*, de 1892, p. 97 à 166, 246, 289, 443 à 448, 463, 481. On se reportera également à la communication faite au congrès de l'Union internationale du droit pénal de Lens, en 1895 (*Bull. de l'Union*, 1896, p. 102 à 108).

Digitized by Google

Sud, Italie)[37]. Il faudrait les ramener à l'unité, par une discussion comparative de leurs avantages et de leurs inconvénients, et créer aussi la *fiche internationale*, dont la qualité essentielle devrait être la simplicité[38].

§ LII. — DU CLASSEMENT DES PREUVES.

291. Première classification des preuves. Preuves directes ou d'évidence. Preuves indirectes ou de raisonnement. — **292**. De l'évidence, soit interne, soit externe. — **293**. Du raisonnement et des preuves de raisonnement. — **294**. Groupement des preuves. Expérience personnelle et expertise. Foi au témoignage. Présomptions et indices. — **295**. Seconde classification des preuves. Preuve générique. Preuve spécifique. — **296**. Quatre catégories de preuves.

291. Tout moyen de preuve porte sur les faits du procès[1]. Pour connaître ce qui s'est passé, le juge doit recourir aux divers procédés employés pour arriver à découvrir la vérité. Il est des faits que l'on perçoit directement et qui sont évidents. Il en est d'autres que l'on ne peut connaître personnellement et directement. De cette observation dérive une première classification des moyens de preuve, en preuves *directes* ou *d'évidence* et preuves *indirectes* ou *de raisonnement*.

292. L'évidence est *interne* ou *externe*.

1. L'*évidence interne* ou *subjective* est celle qui nous avertit des faits qui se passent en nous. C'est la base de toute connaissance, et le point de départ des opérations que l'esprit emploie pour arriver à la découverte de la vérité. Il est inutile de nous en occuper autrement que pour constater qu'elle est

[37] Dans ce dernier type, la base d'un système d'identification est une sorte de *cartella biografica* du criminel. Mais il est certainement très compliqué. Voy. S. Ottolenghi, *La nuova cartella biografica dei pregiudicati* (*Actes de la société romaine d'anthropologie*, 1905). Comp. *Arch. d'anthr. crim.*, 1906, p. 446 et 447.

[38] Voy. Dr Edmond Locard, *Les services actuels d'identification et la fiche internationale* (*Arch. d'anthr. crim.*, 1906, p. 145 à 206).

§ LII. [1] Il ne saurait être question, surtout en matière pénale, de la preuve du droit. *Nullum delictum sine lege.*

Digitized by Google

aussi nécessaire à la certitude judiciaire qu'elle l'est à toute certitude en général.

II. L'*évidence externe* ou *objective* est celle qui s'attache aux faits extérieurs que nous percevons par l'organe de nos sens. Elle est presque aussi sûre que l'évidence interne. Ainsi, la vérité des circonstances et des faits que le juge aura vus et entendus, lui sera mieux démontrée que si ces faits et circonstances lui étaient médiatement rapportés par un tiers. L'expérience personnelle devient ainsi, dans la pratique judiciaire, toutes les fois qu'elle est possible, un excellent moyen de certitude. C'est pour cela que, en matière criminelle particulièrement, il est souvent utile que le juge se déplace lui-même pour aller prendre connaissance des faits au moyen d'une *descente de lieux*. Il est toutefois certaines données que le juge ne peut apprécier sans l'aide d'un auxiliaire plus compétent que lui. « Alors, de même que nous nous servons « d'instruments d'optique pour suppléer à l'imperfection de « l'organe de la vue, le juge, qui ne peut avoir de connaissan- « ces encyclopédiques, emprunte à la science de précieux auxi- « liaires, afin d'obtenir une analyse exacte des éléments maté- « riels qu'il a sous les yeux[2] ». L'*expertise* sert ainsi de contrôle et de complément à l'expérience personnelle, dont on doit la rapprocher.

293. Mais « le nombre des faits qui tombent sous la per- « ception immédiate de chaque individu n'est », suivant l'expression de Bentham[3], « qu'une goutte d'eau dans le vase, « comparé à ceux dont il ne peut être informé que sur le rap- « port d'autrui ». Pour ces derniers, la preuve n'est pas directe : elle consiste non plus dans l'évidence, mais dans un travail de raisonnement ; et comme le raisonnement est double (*déduction*, *induction*), la méthode de découverte de la vérité est double, selon qu'elle *déduit* la certitude de vérités plus générales, ou qu'elle l'*induit* de vérités particulières.

[2] Bonnier, *op. cit.*, n° 21.

[3] *Preuves judiciaires*, liv. I, chap. VII.

Digitized by Google

Nous pouvons, par voie de déduction, tirer d'un fait certain une conséquence logique et nécessaire. C'est un procédé usuel, quand il s'agit d'interpréter le droit et de rechercher son application aux faits de la cause. Exceptionnellement, la déduction trouverait sa place dans un procès criminel, s'il y avait lieu, par exemple, de procéder à des opérations de calcul.

Nous pouvons encore, en traduisant sous forme de règle générale, les résultats de plusieurs expériences particulières, employer la méthode inductive. Le rapport qui, dans l'induction, rattache le fait connu au fait inconnu, suppose, suivant l'ordre des faits sur lesquels portent nos observations, la constance, soit des lois de la nature physique, soit des lois de la nature morale. Ainsi, nous avons remarqué, soit par l'examen de notre propre conscience, soit par les observations que nous ont fournies nos semblables, la véracité du témoignage de l'homme : nous en concluons que les déclarations faites par l'homme sont, *a priori*, dignes de confiance. C'est donc, sur une induction *générale* que repose la foi au témoignage. Et, par témoignage, nous entendons toute espèce de déclaration de l'homme, soit orale, soit par écrit, relativement à des faits passés. C'est encore l'induction, mais sous une autre forme plus *directe* et plus *spéciale,* qui nous permettra d'affirmer, au regard des circonstances qui ont accompagné le fait incriminé, la réalité de cet acte. Dans l'ordre moral, comme dans l'ordre physique, il peut y avoir des *indices*, qu'on a qualifiés de *témoignages muets*, par opposition à la déclaration de l'homme. La foi au témoignage n'est plus directement en jeu : c'est le raisonnement qui intervient et qui s'efforce, en groupant les présomptions ou indices de la cause, de reconstituer le fait principal, au moyen de ses manifestations accessoires, ou de conclure à la culpabilité, en s'appuyant sur certaines observations circonstantielles.

294. Ainsi les preuves, susceptibles d'être recherchées et produites dans un procès pénal, peuvent être classées sous trois chefs principaux.

1. Il y a, d'abord, *l'expérience personnelle,* à laquelle se rat-

Digitized by Google

tachent : 1° *l'inspection personnelle* du juge; 2° *l'expertise*, avec cette réserve que ce procédé de preuve s'appuie également, dans une certaine mesure, sur notre croyance à la sincérité de l'expert et à la solidité de ses connaissances spéciales.

II. Il y a, ensuite, *la foi au témoignage*, qui s'analyse ainsi : 1° foi aux déclarations des tiers, qu'elles soient orales ou écrites, d'où, suivant l'un ou l'autre cas, la preuve testimoniale ou la preuve littérale; 2° foi aux déclarations de l'inculpé, d'où la preuve par l'aveu; 3° foi aux déclarations du demandeur. Dans cette catégorie rentre la preuve par le serment. Mais ce mode de preuve répugne à la solution du procès pénal; aussi est-il étranger à la procédure criminelle.

III. Il y a, enfin, les *présomptions* ou *indices*, qui se subdivisent, en présomptions simples ou de l'homme, librement appréciées par les magistrats, et présomptions légales, dont les effets sont fixés par la loi.

Telle est la division que nous suivrons dans l'exposé des diverses preuves.

295. Il s'agit toujours, pour arriver à la conviction du juge, d'établir deux ordres de faits : 1° la *réalité du délit*; 2° la *culpabilité de l'auteur* [1]. De cette analyse, résulte une seconde division des preuves, en preuves *génériques* et en preuves *spécifiques*. Cette distinction correspond au double élément de l'infraction, *l'élément matériel* et *l'élément moral*. Dans toute imputation, en effet, il est indispensable d'établir l'existence du fait matériel et sa qualification, en même temps que la responsabilité du délinquant par rapport aux faits qu'on lui impute.

[1] Je ne m'occupe pas du point de vue auquel doit, aujourd'hui, se placer le juge, pour adapter la peine à la mesure du danger que le délinquant fait courir à l'ordre public. La *témibilité* résulte, soit des éléments de fait du délit, dont la preuve peut être rapportée par les procédés ordinaires, soit d'éléments extérieurs, antécédents, caractère, hérédités, etc., dont la recherche et la constatation ne peuvent être faites que par une sorte d'instruction antérieure ou parallèle à l'affaire. Voy. *suprà*, nos 275 et suiv., et notes.

Digitized by Google

I. La preuve *générique* sert à constater le fait et le genre du délit : elle est le préliminaire de toute poursuite, quand le délit laisse des traces matérielles, sauf à recourir à des équipollents, quand sa *réalité* ne peut être directement établie, par la production même du *corps du délit*.

L'ancienne jurisprudence criminelle attachait, avec raison, une grande importance à l'établissement de la preuve générique. Elle appelait, délit de fait permanent (*facti permanentis*), le délit dont il reste des traces matérielles, comme l'homicide, l'effraction, l'incendie; et délit de fait passager ou transitoire (*facti transeuntis*), celui dont il ne reste aucune trace matérielle, comme les injures verbales, l'adultère[5]. Cette division des délits, relative à la procédure quant aux moyens de prouver leur existence, n'a plus aujourd'hui d'autre importance que celle qui résulte de la nature même des choses. En effet, dans toute instruction criminelle, s'il importe d'établir l'existence même du délit qui sert de base à la poursuite, cette preuve ne peut être ni recherchée, ni rapportée de la même manière, quand il existe un *corps de délit*, c'est-à-dire quand l'infraction a laissé des traces matérielles : dans ce cas, la vérification directe et préalable s'impose. Mais s'il s'agit d'une infraction qui ne laisse pas de vestiges, il faut, de toute nécessité, recourir à la preuve testimoniale, pour en établir l'existence. Ce serait, du reste, obéir à un préjugé assez répandu que d'affirmer, en l'absence de vestiges matériels, qu'on puisse, même dans le premier cas, assurer l'impunité à un accusé dont la culpabilité serait, d'autre part, établie par des témoignages directs. La loi française ne subordonne pas la poursuite à la représentation ou à la constatation matérielle du corps du délit. Il suffirait, en effet, à l'inculpé, de faire disparaître le corps du délit, pour échapper à toute pénalité[6]. Ce qui est vrai, c'est

[5] Voy. notamment : Jousse, *op. cit.*, t. 1, p. 9, n° 11 ; t. 2, p. 19 et suiv.

[6] Mais la preuve devient, dans ce cas, plus difficile. C'est ce qui explique les nombreux cas de dépeçage criminel dont la police et la justice ont eu à s'occuper. Voy. Lacassagne, *Du dépeçage criminel* (*Arch. de l'Anthr. crim.*, 1888, p. 229-255), et surtout son *Précis de médecine légale* (Paris, Masson, 1906), p. 448 à 450. Lacassagne distingue, avec le professeur Mina-Rodri-

Digitized by Google

qu'on doit s'appliquer, avec le plus grand soin, à rechercher les traces du délit, toutes les fois que cette opération est possible.

11. La preuve *spécifique* est nécessaire pour obtenir la conviction que l'inculpé est l'auteur du fait (*imputabilité*) et qu'il en est responsable (*culpabilité*). Tous les modes de preuves, employés dans ces divers buts, peuvent être sériés en quatre catégories : la preuve *testimoniale* (témoins); la preuve *vocale* (aveu); la preuve *instrumentale* (écrits); la preuve *conjecturale* (présomptions et indices). Pour arriver à rassembler et à administrer ces divers modes de preuves, l'autorité pénale doit se livrer à diverses opérations. Les principales sont : les *interrogatoires*, les *enquêtes*, les *procès-verbaux*, les *constatations matérielles*, les *expertises*..., etc., dont la loi a réglé la *forme*, mais non la *force probante*. Ces divers modes de preuve sont la mise en œuvre des procédés mêmes dont se sert l'intelligence dans la recherche de la vérité.

gués, « un *dépeçage offensif* ou passionnel (ce sont les dépeçages provoqués par la colère, ou nés de la haine, de la folie, de l'amour) et un *dépeçage défensif* (c'est celui que suscite la peur, la crainte de l'expiation, l'affolement devant un cadavre embarrassant). Dans les deux tiers des cas, il y a un seul dépeceur. S'il y en a plusieurs, c'est un drame de famille (aff. Vitalis à Marseille; Barnas dans l'Ardèche ; Monterotondo à Rome). Quand une femme y prend part, c'est un crime causé par l'adultère. Souvent, c'est un assassinat avec vol. Lorsque le dépeçage est d'origine sexuelle, il y a manifestation de sadisme (Vacher), de nécrosadisme (le sergent Bertrand; le vampire de Muy...). Presque toujours les dépeceurs opérant seuls sont des hommes. Parmi les victimes, il y a plus de femmes que d'hommes... ». Sur l'expertise, dans ce cas, voy. également Lacassagne, *op.* et *loc. cit.*

Digitized by Google

CHAPITRE II

DE L'EXPÉRIENCE PERSONNELLE.

---

§ LIII. — DU ROLE DE L'EXPÉRIENCE PERSONNELLE DU JUGE COMME MOYEN DE CONVICTION.

296. Le juge peut avoir acquis la connaissance personnelle des faits du procès, soit dans ses fonctions, soit en dehors de ses fonctions. — **297.** De la connaissance acquise par le juge en dehors de ses fonctions. Pourquoi le juge ne peut en tenir compte. Des conséquences qui en résultent. Déport du juge. — **298.** Du juge témoin. Comparaison entre le jury anglais et le jury français. De la nécessité pour le juge moderne de connaître la vie de l'agent, ses antécédents, son milieu. Carte biographique. — **299.** Le juge peut acquérir la connaissance des faits dans l'exercice de ses fonctions.

296. Le juge peut avoir acquis la *connaissance personnelle* et *directe* des faits du procès, soit *en dehors de ses fonctions*, soit *dans l'exercice même de ses fonctions.*

297. Au premier cas, il ne lui est pas permis de tenir compte de ce qu'il sait personnellement, de ce qu'il a même vu ou entendu. Il a pu être témoin comme homme des événements qu'il est appelé à apprécier comme juge, et bien que le premier rôle puisse l'aider à remplir le second, il y a incompatibilité légale entre ces deux qualités, car, s'il en était autrement, son témoignage comme témoin et son appréciation comme juge échapperaient à la discussion publique et contradictoire qui est l'unique moyen d'en contrôler l'exactitude et d'en fixer et limiter la portée. Cette règle est très ancienne[1].

§ LIII. [1] Voy. Bonnier, *op. cit.*, t. 1, n° 101 : « Les plus grandes autorités reconnaissent que, même dans le for intérieur, le juge est tenu de rendre sa

Digitized by Google

Elle avait trouvé place dans une ordonnance de Montils-les-Tours, d'avril 1453, où il est prescrit aux juges (art. 123) de juger *certainement et selon les choses alléguées et prouvées par devant eux par les parties*. Et, bien qu'elle ne se trouve expressément et directement consacrée par aucun texte de nos lois positives, elle domine la procédure civile[2] comme la procédure pénale.

En règle générale, le juge ne pouvant jamais se décider que d'après les résultats de l'instruction et non d'après la connaissance personnelle qu'il a de l'affaire, il en résulte qu'il ne doit pas puiser sa conviction, soit dans son expérience personnelle comme témoin des faits, soit dans le résultat d'une inspection officieuse des lieux contentieux qu'il aurait accomplie lui-même.

Cette formule générale a été appliquée, par la jurisprudence criminelle, dans une série de corollaires, spéciaux au moyen de preuve tirée de l'expérience personnelle.

Nous citons les principaux : 1° Tout jugement, qui admet ou repousse un moyen d'accusation ou de défense, en se basant sur la connaissance personnelle acquise par les juges du fait en dehors du procès, doit être annulé comme contraire aux principes de la contradiction des débats[3]. 2° Les juges ne

décision, non d'après ce qu'il sait comme homme, mais d'après ce qu'il a appris comme juge ». Et Bonnier cite un texte de saint Thomas d'Aquin qui donne les motifs philosophiques de cette règle : « *Quum judicium ad judices spectet, non secundum privatam, sed secundum publicam potestatem oportet eos judicare, nec secundum veritatem, quam ipsi ut personæ privatæ noverunt, sed secundum quod ipsis ut personis publicis, per leges, per testes, per instrumenta et per allegata et probata, res innotuit* ». Et Jousse, *Traité de la justice criminelle*, t. 2, p. 581 : « La quatrième règle nécessaire au juge, est qu'il doit rendre son jugement, suivant les preuves qui sont au procès; ce qui s'appelle juger *secundum allegata et probata*, et non suivant la connaissance particulière qu'il peut avoir par lui-même des faits ».

[2] Cette règle a été souvent visée par la jurisprudence civile : Cass., 21 janv. 1881 (S. 81. 1. 192); 2 mars 1886 (S. 86. 1. 204); 26 juill. 1887 (S. 90. 1. 175); 20 nov. 1889 (S. 90. 1. 7). Voy. cependant Civ. rej., 24 janv. 1893 (D. 93. 1. 166).

[3] Jurisprudence constante. Voy. notamment : Cass., 13 juill. et 4 août 1893 (S. 93. 1. 536); 2 juill. 1896 et 28 janv. 1897 (S. 98. 1. 199). Conf. Cass., 15 déc. 1881 (S. 84. 1. 139).

Digitized by Google

peuvent former leur conviction ni motiver leur décision sur le résultat de leurs investigations personnelles, poursuivies en dehors de l'audience et en l'absence des parties[4]. 3° Leur jugement doit être également annulé, lorsqu'il ne trouve sa base que dans une preuve annulée : cet élément de conviction disparaissant, la conviction du juge n'a pu se former que sur des renseignements pris en dehors de l'audience et qui n'ont pas fait l'objet d'un débat contradictoire[5]. 4° En aucun cas, il n'est permis au juge d'infirmer les énonciations d'un procès-verbal faisant foi jusqu'à preuve contraire, à raison de la connaissance personnelle des faits, s'il a puisé cette connaissance en dehors des preuves contraires fournies par les débats[6].

Et comme il est au-dessus des forces et de la volonté du juge de faire abstraction de ses propres souvenirs et, en quelque sorte, de se dédoubler, le moyen le plus sûr, pour lui et les autres, de se conformer à cette obligation, de ne puiser sa conviction que dans des sources légalement produites et examinées, c'est encore de se récuser. La voie que j'indique est tracée, du reste, par l'article 257 du Code d'instruction criminelle, qui défend, au juge d'instruction et aux conseillers qui ont voté la mise en accusation, de siéger à la cour d'assises. La loi du 8 décembre 1897 (art. 1er) a étendu cette disposition au juge d'instruction « qui ne peut concourir au jugement des affaires qu'il a instruites ». C'est ainsi encore que l'article 392 du même Code ne permet pas, à celui qui a été officier de police judiciaire, *témoin*, expert ou partie, de remplir les fonctions de juré, à peine de nullité. Par cet ensemble de dispositions, la loi veut sauvegarder les parties contre toute impression puisée par le juge en dehors des débats et, par conséquent, contre les illusions d'une expérience personnelle

[4] Voy. Cass., 27 mars 1905 (motifs) (S. 1905. 1. 268).

[5] Voy. notamment l'arrêt précité de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 2 juill. 1896.

[6] Jurisprudence constante. Voy. notamment : Cass., 28 mars 1862 (D. 66. 5. 259); 28 janv. 1859 (D. 60. 5. 378). Voy. au surplus *Code d'instr. crim. annoté* de Dalloz, art. 154, nos 321 et suiv.

Digitized by Google

acquise par l'homme, qui imprimerait sur l'esprit du juge un préjugé quelconque.

Dans un cas cependant, il y aurait lieu, pour le juge, de faire appel à ses souvenirs personnels : c'est quand il s'agit de reconnaître l'identité d'un individu par lui condamné, évadé et repris (C. instr. crim., art. 518)[7]. Dans un autre cas, s'il s'agit d'un délit qui a lieu à l'audience, le juge n'est pas tenu, malgré le texte de l'article 181 du Code d'instruction criminelle, « d'entendre des témoins », lorsque, par suite de ses *constatations personnelles*, il estime inutile de recourir à la preuve testimoniale pour former sa conviction[8].

298. Est-il rationnel d'obliger le juge à se dégager des impressions personnelles qu'il a pu acquérir, en dehors des débats, par sa propre expérience, et de le considérer, comme d'autant meilleur appréciateur du procès, qu'il est resté plus étranger aux faits qui y ont donné lieu et à l'accusé qui en est l'auteur? En Angleterre et dans les pays anglo-saxons, il n'y a aucune incompatibilité entre le rôle de juré et celui de témoin. Un témoin peut être juré. Cela tient, a-t-on dit, à l'origine du jury anglais. On désirait, dans le principe, que les jurés eussent personnellement connaissance des faits du procès. Aussi les prenait-on parmi les voisins de l'accusé, parmi ceux qui avaient été mêlés à sa vie et qui pouvaient avoir été témoins des faits qui lui étaient reprochés. Le jury, c'était la *preuve par le pays*. Les jurés avaient, en réalité, le caractère de témoins de moralité. Dans un passage de l'histoire de la Loi commune de Reeves, traduit par Cherbuliez[9], cette trans-

[7] Le droit de statuer sur l'identité appartient en effet à la juridiction qui a prononcé la condamnation (C. instr. crim., art. 518). « C'est, disait l'orateur du Gouvernement, dans l'exposé des motifs, devant le tribunal qui a prononcé la condamnation, que l'identité sera discutée. Nul autre ne pourrait puiser dans son propre sein autant de lumières et de moyens de discerner la vérité ». Locré, t. 27, p. 200.

[8] Voy. D. J. G., v° *Témoin*, n° 197. *Sic*, Cour supér. de Luxembourg, 20 février 1899 (D. 1901. 2. 125).

[9] *Du jury envisagé comme garantie politique* (*Rev. Wolowski*, XLI, p. 289, XLII, p. 293). Sur ces origines obscures du jury anglais : Mittermaier, *Traité*

Digitized by Google

formation de témoins de moralité en juges de la culpabilité est parfaitement indiquée : « le jury, tel qu'il existait dans « l'origine, différait essentiellement de ce qu'il est aujourd'hui. « Aujourd'hui, les jurés sont juges suprêmes des procès ; ils « fondent leurs convictions sur des preuves orales ou écrites, « produites devant eux, et leur verdict est, en fait, un véri- « table jugement. Les anciens jurés, au contraire, n'étaient « pas appelés à apprécier les faits de la cause comme magis- « trats : ces faits n'étaient pas même débattus devant eux. « Ils n'étaient que témoins, et le verdict n'offrait que le ré- « sultat de leur témoignage, régulièrement, mais exclusive- « ment invoqué pour constater les faits litigieux. Ainsi, un « jugement au moyen du jury n'était, à vrai dire, qu'une « enquête ; les jurés n'étaient distingués des autres témoins « que par le serment qu'ils devaient prêter, par leur nombre « limité, par le rang que la loi leur assignait, par la qualité « de tenanciers dans les divers degrés de la hiérarchie territo- « riale, et par l'influence qui en résultait ».

Le mouvement scientifique contemporain a transformé les conditions du droit de punir. Le juge ne se prononce pas seulement sur les faits du procès et sur la culpabilité de l'accusé. On lui demande d'adapter le châtiment à l'individualité du délinquant. Cette mission, comment la remplirait-il, s'il n'a d'autres éléments d'appréciation que ceux que lui fournissent les débats nécessairement superficiels de l'audience? Pour le mettre en mesure de juger l'*agent* plutôt que l'*acte*, on a pu songer, tout d'abord, à le choisir le plus près possible du criminel, parmi les gens de sa race, de son pays et de son milieu. « Le juge idéal, écrit Prins[10], n'est-ce pas le juge, à la fois pri- « mitif et actuel, le père ou le chef de famille qui vit au milieu « des siens et les suit pas à pas, qui scrute les mobiles de leur « conduite, étudie leur nature, leur tempérament, leurs ins- « tincts et qui, connaissant leurs qualités et leurs défauts

de la preuve dans l'instr. crim. allemande comparée avec la procédure criminelle française, p. 419.

[10] *Science pénale et droit positif*, préface, p. XLVII.

Digitized by Google

« moraux et physiques, peut, d'une façon réfléchie, suivant « les cas, arrêter ou corriger, donner une éducation réforma- « trice aux dociles, punir et essayer de dompter les rebelles, « soigner les malades, prendre les précautions et les mesures « de préservation que réclament les inadaptables? La légis- « lation répressive aura beau faire, elle devra toujours remon- « ter à ces règles de bon sens, à cette source de justice prati- « que et rationnelle ».

Ce retour à une justice élémentaire et familiale est un beau rêve, mais n'est qu'un rêve. La plupart des criminels sont des « déracinés ». Comment les faire juger dans leur milieu et par leur milieu? Ceux qui les connaissent le mieux ne sont certainement pas aptes à les juger? Ce sont leurs « semblables ». Mais on peut donner satisfaction à cette nécessité de constituer une justice répressive, moins impersonnelle et moins abstraite que la justice actuelle, par la création d'une *Cartella biografica*[11] du criminel, carte qui sera non seulement la base de la surveillance policière des classes dangereuses, mais qui servira d'élément indispensable à l'instruction et au jugement des récidivistes. Les investigations sur la personnalité du criminel pourront être faites dans une direction scientifique, dès que celui-ci tombera, par son premier délit, dans le cercle d'action de la police judiciaire. Mais la production, dans les procès ultérieurs, de cette pièce d'identité, devra être soumise à la discussion libre et contradictoire des débats. Il importe, en effet, dans le but d'assurer la défense sociale, de ne rien sacrifier des principes du droit public moderne, de garantir, avant tout, la liberté individuelle, et de ne pas créer une classe de *suspects*[12].

[11] Voy. *suprà*, n° 290, note 37. Comp. Locard, *VI^e Congrès d'anthropologie criminelle*, Turin, 1906, p. 28.

[12] M. Garçon, dans une préface aux *Éléments de médecine mentale*, appliqués à l'étude du Droit, du D^r Legrain (Paris, Rousseau, 1906), n'admet ces investigations judiciaires sur la personnalité du criminel « que dans un but purement scientifique, et non par des inspecteurs de la sûreté ou par des gendarmes et comme simple mesure de police ». Je suis d'accord avec lui pour confier ces prises de renseignements scientifiques à la police judiciaire à l'occasion d'un délit reproché. Mais, dans ces conditions, et avec la possi-

Digitized by Google

299. Le juge peut acquérir la connaissance personnelle et directe des faits, dans l'exercice de ses fonctions et comme juge, par une *visite des lieux* et une *constatation du corps du délit.*

Ces opérations sont exécutées, soit dans la *phase préparatoire,* par le juge d'instruction et les officiers de police judiciaire, soit dans la *phase définitive*, par le tribunal ou un de ses membres délégués.

Quelquefois pratiqué en matière civile, le transport sur les lieux est une opération courante en matière criminelle. En effet, l'inspection des lieux peut seule, dans la plupart des circonstances, apporter la conviction, mettre sous la main de justice le corps du délit, ou procurer la preuve circonstantielle des faits imputés[13].

§ LIV. — DU TRANSPORT SUR LES LIEUX DANS LA PROCÉDURE PRÉALABLE

300. Du transport sur les lieux dans la procédure préalable. Division. — **301.** Flagrant délit et cas assimilés. Concours d'attributions entre le procureur de la République, ses auxiliaires et le juge d'instruction. — **302.** Quand il y a flagrant délit. Procédure commune au procureur de la République et au juge d'instruction. En cas de concours dans les cas ordinaires, c'est au juge d'instruction à ordonner et exécuter un transport. — **303.** De la présence de l'inculpé et de celle de la partie civile. — **304.** Projets de réforme restés en route. — **305.** Opérations du transport. — **306.** Des précautions qui doivent être prises pour garantir la constatation, la conservation et l'identité du corps du délit. — **307.** Combinaison des prescriptions du Code d'instruction criminelle et de celles de la loi du 8 décembre 1897.

300. Dans la procédure préalable, un transport sur les lieux

bilité de discuter les éléments de la carte biographique, je ne vois pas qui pourrait plus utilement les recueillir et les coordonner qu'une police scientifique bien organisée.

[13] On consultera, sur la pratique de l'opération, deux ouvrages de nature différente : Hanns Gross, *Manuel d'instruction judiciaire*, liv. IV, t. I, chap. III, *Inspection des lieux*, p. 148 à 178; G. Abadie, *Guide pratique des magistrats en transport criminel* (Marchal et Billard, 1894). Ce dernier manuel n'est pas un traité sur l'instruction, c'est un examen juridique et pratique du rôle qu'ont à remplir ceux qui sont appelés à instruire sur les lieux les affaires les plus graves. Dans des limites restreintes, ce travail constitue un excellent guide pour les magistrats instructeurs.

Digitized by Google

peut être nécessaire ou simplement utile, soit en cas de *flagrant délit*, soit dans les *cas ordinaires*.

301. C'est surtout en cas de flagrant délit qu'un transport immédiat peut servir à fixer les traces matérielles et à situer l'affaire dans son milieu. Aussi le Code d'instruction criminelle (art. 32) prescrit au procureur de la République ou à ses auxiliaires[1] de se transporter, dans ce cas, sur les lieux, « sans aucun retard, pour y dresser les procès-verbaux « nécessaires à l'effet de constater le corps du délit, son état, « l'état des lieux, et pour recevoir les déclarations des per- « sonnes qui auraient été présentes, ou qui auraient des ren- « seignements à donner ».

A lire ce texte, il semble, en cas de flagrant délit, que le transport soit *obligatoire*. Mais, malgré les termes impératifs de l'article 32, le procureur de la République ne se transportera sur les lieux que quand il jugera cette opération nécessaire[2].

Par dérogation aux règles ordinaires, le juge d'instruction peut, dans la matière du flagrant délit, faire acte d'instruction sans attendre d'être saisi par le procureur de la République (C. instr. crim., art. 59). Son droit et son devoir de se transporter sur les lieux, sont donc hors de toute contestation. En résumé, en cas de flagrant délit et dans les cas assimilés, il y a concours d'attributions, pour effectuer un transport sur les lieux, entre le procureur de la République, ses auxiliaires et le juge d'instruction.

302. Trois questions doivent être examinées : 1° Dans quels cas le flagrant délit donne-t-il au procureur de la République, à ses auxiliaires, au juge d'instruction agissant sans

§ LIV. [1] Notamment aux officiers de gendarmerie (art. 111 et 130 du décret du 20 mai 1903 *portant règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie*).

[2] La Chancellerie recommande de ne recourir aux transports qu'en cas de nécessité, afin d'éviter des déplacements sans objet et des dépenses inutiles (Circ. Chanc., 14 août 1842, § 6 ; 23 févr. 1887).

Digitized by Google

être saisi, le droit de se transporter sur les lieux? 2° Les règles de ce transport sont-elles identiques pour le procureur de la République et le juge d'instruction? 3° Que se passera-t-il, en cas de concours, sur les lieux, des divers magistrats qui ont compétence pour se saisir?

a) C'est seulement au cas où le fait est « de nature à entraîner une peine afflictive et infamante », que s'applique l'article 32. Mais le procureur de la République et ses auxiliaires sont autorisés à agir, comme s'il y avait *crime flagrant*, quand les circonstances de fait sont telles qu'il y a doute sur le caractère de la peine applicable[3]. La tentative de crime est, à ce point de vue, assimilée au crime même[4]. Mais faut-il aller plus loin et donner au procureur de la République et à ses auxiliaires, les juges de paix et les commissaires de police, le droit de constater, par un transport sur les lieux, un délit correctionnel flagrant? J'ai toujours pensé que la loi du 20 mai 1863 avait implicitement étendu les attributions exceptionnelles du procureur de la République[5].

b) Le procureur de la République n'est pas touché par la loi du 8 décembre 1897 dans son rôle d'officier de police judiciaire. Lorsque le juge d'instruction se transporte sur les lieux en cas de flagrant délit, c'est-à-dire sans être requis, il peut procéder à un interrogatoire immédiat et à des confrontations. Il n'a pas à se conformer aux dispositions de la loi du 8 décembre 1897 (art. 7). A cet égard, la liberté des deux magistrats reste la même.

Le procureur de la République doit donner avis de son transport au juge d'instruction; mais il n'est pas obligé de l'attendre. Il a le droit de se faire accompagner par le greffier ou par un commis-greffier du tribunal. Il faut décider que la même formalité est prescrite au juge d'instruction, agissant, en cas de flagrant délit, à titre d'officier de police judiciaire.

[3] *Sic*, Riom, 11 mai 1853 (D. 55. 2. 348).

[4] Voy. Limoges, 18 février 1888 (D. 89. 2. 144) et la note.

[5] Je discuterai la question à propos des attributions exceptionnelles du procureur de la République. Mais voy. en sens contraire : D. J. G. *supplément*, v° *Procédure criminelle*, n° 495; Abadie, *op. cit.*, p. 7, note 1.

Digitized by Google

c) Ce concours d'attributions entre le procureur de la République, ses officiers auxiliaires et le juge d'instruction, qui est la conséquence du flagrant délit, amène parfois plusieurs magistrats sur les lieux du crime. Qui doit alors se saisir de l'affaire? Si le concours s'établit entre les officiers auxiliaires, juge de paix, maire, commissaire de police, officiers de gendarmerie, c'est le premier arrivé. S'il se produit entre l'un de ces derniers et le procureur de la République, c'est le chef de la police judiciaire dans l'arrondissement qui poursuit l'instruction. Si le juge d'instruction est sur les lieux, c'est lui qui prend alors la direction de l'information et qui fait procéder, sous sa responsabilité, aux premiers actes de l'instruction[6].

303. En dehors du cas de crime flagrant, le transport sur les lieux est une opération régulière mais facultative de l'information. C'est au juge d'instruction à l'ordonner et à l'exécuter[7], accompagné du procureur de la République et d'un greffier (C. instr. crim., art. 62). Évidemment, il ne saurait dépendre du procureur de la République, en refusant de s'associer aux actes de l'instruction, pour lesquels son assistance est prescrite, de paralyser les pouvoirs que le juge d'instruction tient de la loi, et d'entraver ou de suspendre ainsi la marche de l'information. En cas de refus de ce magistrat, il faut décider que l'indépendance des fonctions d'instruction et de poursuite autorise le juge à se transporter seul avec son greffier[8].

[6] Cass., 19 avr. et 29 juin 1855 (D. 55. 1. 269 et 319).

[7] Je ne parle pas, bien entendu, du droit général de *délégation* qui existe pour le transport sur les lieux comme pour les autres opérations de l'instruction.

[8] Montpellier, 25 juin 1846 (*Pal.*, 46. 2. 129). Cet arrêt a jugé que le procureur, requis par le juge d'instruction de l'accompagner dans un transport, commet un excès de pouvoir, lorsqu'il déclare, dans un acte écrit au pied de l'ordonnance, après avoir discuté et nié l'utilité de cette mesure, qu'il ne requiert pas ce transport ; qu'en effet, il ne peut dépendre du procureur, en refusant de s'associer aux actes d'instruction pour lesquels son assistance est nécessaire, de paralyser, entre les mains du juge d'instruction, les pou-

Digitized by Google

La faculté qu'a le juge d'instruction, en cas de flagrant délit, de suppléer à l'assistance du greffier par celle d'un citoyen quelconque, n'est pas applicable lorsque le transport a lieu au cours d'une information. Mais le juge d'instruction pourrait, en cas d'empêchement, remplacer le greffier, en commettant une personne ayant l'âge exigé par la loi, ayant la qualité de Français, qui prêterait le serment requis[9].

304. L'article 62 du Code d'instruction criminelle, qui prescrit au juge d'instruction, en cas de transport sur les lieux, de se faire toujours accompagner du procureur de la République, ne parle ni de la présence de l'inculpé, ni de celle de la partie civile.

Dans la revision projetée du Code d'instruction criminelle en 1879, on proposait d'introduire, au point de vue du constat sur les lieux, le principe de la *contradiction*. Le projet du gouvernement (art. 38) se bornait à prescrire au juge d'instruction de donner avis de son transport au conseil de l'inculpé. Le projet qui a été voté par le Sénat, en 1881, disposait que le transport pouvait avoir lieu sans l'inculpé (art. 52). Mais le rapporteur expliquait qu'on n'entendait pas faire obstacle à la présence du défenseur qui demeurait facultative. Quant à la partie civile, il n'en était pas question.

La commission de la Chambre des députés jugea ce système insuffisant[10]. L'article 51 du projet, préparé par elle, exigeait que, dans tous les cas où le transport lui paraîtrait

voirs qu'il tient de la loi, et d'entraver ou de suspendre ainsi la marche de l'information. *Sic*, Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 4, nos 1620 et 1789.

[9] Cass., 5 sept. 1852 (D. 52. 5. 321). *Sic*, Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 4, n° 1790. Les instructions de la Chancellerie autorisent, du reste, le juge d'instruction à se faire assister du greffier de la justice de paix du canton où il se transporte, ou bien de se faire accompagner par le greffier du tribunal (Déc. min. just., 23 oct. 1825, 14 avr. 1827). En effet, le juge d'instruction, pouvant déléguer le juge de paix au transport, peut, à plus forte raison, se faire assister personnellement du greffier de la justice de paix. *Sic*, Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 4, n° 1791.

[10] Séance du Sénat du 23 mai 1882 (*Journ. off.* du 24 mai, p. 537), et séance du 25 mai (*Journ. off.* du 26 mai, p. 549).

Digitized by Google

nécessaire, le juge d'instruction en donnât avis au procureur de la République, à l'inculpé, à la partie civile et à leurs conseils. L'inculpé détenu devait, sur sa demande, être transféré au lieu où s'effectuait le transport. Le rapporteur, expliquant cette disposition, indiquait que le procureur de la République, l'inculpé libre, la partie civile, les conseils avaient le droit d'y assister. Le juge d'instruction pouvait agir sans eux, mais il ne pouvait appeler l'un sans l'autre.

Cet ensemble de dispositions paraît être, à raison de ses complications, d'une mise en œuvre à peu près impossible. La seule mesure utile et acceptable, serait d'aviser, non la partie civile ou son conseil, mais l'inculpé ou son conseil qu'ils auront le droit de se faire représenter aux constatations, sans que l'opération puisse en être retardée.

Lorsque le transport a lieu dans une des hypothèses prévues par l'article 7 de la loi du 8 décembre 1897 (flagrant délit, état d'un témoin en danger de mort, nécessité de constater des indices sur le point de disparaître), les prescriptions de cette loi, en ce qui concerne la rédaction d'un procès-verbal de première comparution, les avertissements à donner à l'inculpé et l'assistance du conseil, ne sont pas applicables. Mais lorsque le transport n'est pas justifié par une des trois causes exceptionnelles visées par l'article 7, la loi du 8 décembre 1897 doit être rigoureusement appliquée, et l'inculpé, à moins qu'il n'y ait expressément consenti, ne peut être ni interrogé, ni confronté sur les lieux, sans être assisté de son conseil, ou du moins sans que son conseil ait été dûment convoqué.

305. Le magistrat, procureur de la République ou juge d'instruction, qui s'est transporté sur les lieux, doit procéder aux opérations suivantes, dans la mesure où elles sont nécessaires ou utiles à l'établissement de la preuve : 1° constater le corps du délit, son état, l'état des lieux (C. instr. cr., art. 32)[1]; 2° recevoir les déclarations des personnes qui auraient

[1] La constatation matérielle du corps du délit a une importance capitale. Elle ne doit jamais être négligée, même dans le cas où, dès les premiers mo-

Digitized by Google

été présentes ou qui auraient des renseignements à donner (art. 32); 3° se saisir des armes et de tout ce qui paraîtra avoir servi ou avoir été destiné à commettre le crime ou le délit, de tout ce qui pourra en avoir été le produit (art. 35); 4° si la nature du crime est telle que la preuve puisse être acquise par les papiers ou autres pièces et effets en la possession du prévenu, faire la perquisition au domicile du prévenu des objets qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité (art. 86 et 87); 5° faire, en tous autres lieux, les perquisitions nécessaires pour découvrir les objets utiles à la manifestation de la verité (art. 88)[12].

Ces diverses opérations sont la mise en œuvre, sur les lieux, des principaux procédés que toute instruction doit employer pour arriver à la découverte de la vérité. Le magistrat instructeur constate seul les circonstances qui établissent l'existence matérielle du crime, si ces circonstances tombent sous les sens. C'est l'*expérience personnelle*. Il les constate, à l'aide d'une *expertise*, si leur vérification nécessite le concours des hommes de l'art, par le *témoignage* de ceux qui les ont connues, si les traces en ont disparu ou sont effacées, par des *visites domiciliaires* ou des *saisies*, dans les autres cas. Et cet ensemble de moyens, employés avec méthode et perspicacité, est de nature, aussi bien à établir le corps du crime ou du délit qu'à démontrer la culpabilité des auteurs et des complices du fait incriminé[13].

ments, le prévenu entre dans la voie des aveux. Observations intéressantes dans Abadie, *Guide*, etc., p. 14 et 15.

[12] Tout magistrat, qui a compétence pour instruire un flagrant délit, peut s'introduire dans le *domicile du prévenu*, pour opérer toutes saisies nécessaires; mais au juge d'instruction seul appartient le droit de se livrer à des perquisitions *chez les tiers*. Aux termes d'un arrêt de la Cour de cassation du 16 janv. 1869 (D. 69. 1. 381), le juge d instruction pourrait aussi faire procéder à une perquisition sur la personne, qui s'emparerait, pendant une visite domiciliaire, d'un objet saisi et le cacherait sous ses vêtements. Pour vaincre sa résistance, il serait autorisé à employer la force.

[13] « *Sur les lieux*, écrit Abadie (*op. cit.*, p. 16), on peut ramasser un objet oublié ou perdu par le coupable, on relève les traces de ses pas, les empreintes de ses mains; *par l'expertise*, on découvre sur ses habits ou sur son linge

Digitized by Google

306. Mais quel que soit le but de l'opération, certaines précautions sont imposées par la loi pour garantir la *constatation*, la *conservation* et l'*identité* du corps du délit.

I. La première est la rédaction d'un *procès-verbal de constat*.

Au cas de transport du juge d'instruction, accompagné d'un magistrat du parquet, le procès-verbal doit énoncer tout d'abord la date et le lieu de sa rédaction, les nom et prénoms du juge d'instruction, du magistrat du ministère public et du greffier; il indique ensuite le nom des personnes dont le concours a été requis; puis il relate toutes les opérations auxquelles il a été procédé et toutes les constatations faites. Ce procès-verbal doit être signé, au bas de chaque page, par le juge d'instruction, le magistrat du ministère public et le greffier. Si le maire ou le commissaire de police ou d'autres personnes ont concouru aux opérations, ils doivent également signer au bas de chaque page (C. instr. cr., art. 42). Le juge d'instruction constate, à son gré, ces opérations dans un seul et même acte, ou il en dresse plusieurs.

Au cas de transport du procureur de la République, le procès-verbal, qui contient les mêmes énonciations et les mêmes constatations, doit être fait et rédigé en présence du commissaire de police de la commune dans laquelle le crime ou le délit a été commis, ou du maire ou d'un adjoint ou, à leur défaut, de deux citoyens domiciliés dans la commune. Mêmes prescriptions que ci-dessus en ce qui concerne les signatures (C. instr. cr., art. 42). Plus rigoureuse, la procédure imposée au procureur de la République ou à ses auxiliaires les astreint à dresser un acte unique où ils consignent toutes leurs opérations.

des taches de sang déjà lavées, des taches de sperme mal nettoyées; *à son domicile*, on saisit l'instrument du crime ou sa correspondance avec ses complices; *par le témoignage*, on lui démontre sa participation dans l'exécution, on détruit ses déclarations, ses « alibis »; *sur lui et en l'examinant*, on lui montre les blessures qu'il a reçues en commettant son crime ou les marques qui l'accusent. Donc, qu'on recherche la matérialité du crime ou son auteur, les moyens d'instruction sont les mêmes... ».

Digitized by Google

Malgré l'extrême importance du procès-verbal constatant le délit, il est certain que l'omission de la rédaction de ce procès-verbal ou les irrégularités qu'il contiendrait, s'il en avait été dressé un, n'entraîneraient pas nullité et ne pourraient faire obstacle aux poursuites[14].

II. Le magistrat instructeur, aux termes de l'article 35, *se saisit :* 1° de tout ce qui paraît avoir servi ou avoir été destiné à commettre le délit (bâtons, pierres, poisons, fausses clefs, poignards, fusils, pistolets, coups de poing, stylets, couteaux, limes, ciseaux à froid, mèches anglaises, vilbrequins, leviers, marteaux, cordes, et, en général, tous objets qui, rapprochés des traces qu'on relève, sont de nature à établir l'infraction ou à amener la découverte des coupables); 2° de tout ce qui paraît en avoir été le produit (objets volés, monnaies fausses, faux titres, pierres lithographiques pour la fabrication des faux, livres de commerce, habits et linges tachés de sang ou de sperme, fœtus, intestins des victimes empoisonnées, etc.); 3° enfin, de tout ce qui peut servir à la manifestation de la vérité (objets portant des empreintes de mains, traces de pieds, papiers, lettres, lambeaux de vêtements, couteaux et toutes choses, en général, qui démontrent la participation de l'agent incriminé).

III. La loi prescrit des précautions propres à garantir l'*identité* des objets saisis; ils doivent être clos et cachetés, ou du moins déposés dans un vase ou dans un sac sur lequel le magistrat instructeur met une bande de papier scellée de son sceau (C. instr. cr., art. 38; Décret du 20 mai 1903, art. 129 à 131).

Les opérations de perquisitions, ou de saisies et de mise sous scellés doivent être faites en la présence de l'inculpé, s'il a été arrêté; et, s'il ne veut ou ne peut y assister, en présence d'un fondé de pouvoir qu'il peut nommer. Les objets lui sont présentés à l'effet de les reconnaître et de les parapher, s'il y a lieu; et, au cas de refus, il en est fait mention au procès-verbal (C. instr. cr., art. 38 et 39).

[14] Cass., 19 juin 1817 (S. chr.); 14 juin 1821 (P. chr.). *Sic*, Mangin, *Traité des procès-verbaux*, p. 5 et suiv.

Digitized by Google

La présence de l'inculpé aux opérations de perquisition et de saisie constitue une garantie dont le but est nettement déterminé. La minutie des précautions dont la loi entoure la saisie des pièces à conviction montre bien que sa préoccupation dominante a été d'assurer l'*identité* des objets saisis avec ceux qui seront présentés comme tels au cours de la procédure. Et ces précautions sont devenues d'autant plus nécessaires qu'avec la pratique des délégations judiciaires, ces opérations seront souvent exécutées par des officiers de police judiciaire subalternes. Cependant, la jurisprudence se refuse à admettre la nullité de la procédure, quand ces règles ont été méconnues[15]. Il s'agit pourtant d'une formalité d'importance capitale qui est la seule garantie sérieuse contre les abus possibles des magistrats[16]. Mais, en l'absence de toute nullité prononcée par le texte des articles 38 et 39, la Cour de cassation ne voit, dans ces précautions, que des formalités accessoires dont l'omission ne saurait vicier la procédure. Dans ces conditions regrettables, l'arbitraire des juges d'instruction et des procureurs de la République n'a plus de limites. Si l'inculpé n'est pas arrêté, aucun texte n'impose au magistrat l'obligation de pratiquer les saisies en sa présence. Si l'inculpé est arrêté, le texte qui impose de faire les opérations en sa présence, est considéré comme une prescription de conseil et non comme une prescription d'ordre. Cette jurisprudence, dangereuse pour le droit individuel, n'est qu'une des nombreuses applications de la tendance séculaire de la Cour de cassation à libérer le plus possible, dans l'intérêt social, les magistrats instructeurs de formalités et de règles qui pourraient entraver la marche de leur instruction si elles étaient strictement observées.

307. Comment faut-il combiner, si le prévenu est présent

[15] Voy. notamment, Cass., 23 novembre 1901 (S. 1905. 1. 474). La Cour de cassation a, du reste, décidé que celui qui détient des pièces saisies chez lui au cours d'une perquisition, ne commet pas le délit prévu par l'article 400 du Code pénal. Voy. Cass., 11 nov. 1904 (S. 1905. 1. 369).

[16] Ces abus sont surtout possibles en matière de crimes politiques.

Digitized by Google

à la perquisition et à la saisie, les prescriptions du Code d'instruction criminelle avec celles de la loi du 8 décembre 1897? Trois hypothèses sont possibles.

S'il y a flagrant délit, ou s'il y a urgence, résultant de ce que les objets à saisir sont sur le point de disparaître, le juge d'instruction pourra, en représentant les pièces saisies, poser à l'inculpé toutes les questions nécessaires et même le confronter sans être tenu d'observer les dispositions de la loi du 8 décembre 1897 (art. 7).

Il en est de même, et les formalités prévues par les articles 35, 87 et 89, seront remplies, sans difficulté, sans que le conseil ait même été convoqué, si l'inculpé y a formellement et expressément renoncé.

La seule hypothèse où les dispositions de la loi du 8 décembre 1897 devront être combinées avec celles du Code d'instruction criminelle se présente, lorsqu'il n'y a ni flagrant délit ni urgence constatée.

Le juge d'instruction présentera, dans ce cas, les objets saisis à l'inculpé et recevra ses déclarations en le prévenant qu'il est libre de ne pas en faire. Il aura soin de ne poser aucune question, de consigner simplement les déclarations de l'inculpé, en s'abstenant de toute remarque, de tout ce qui pourrait ressembler à un interrogatoire. La procédure de saisie ne dégénérera pas alors en une discussion qui pourra être réservée pour un interrogatoire ultérieur et régulier, dans le cabinet du juge d'instruction.

§ LV. — DU TRANSPORT SUR LES LIEUX DANS LA PROCÉDURE DÉFINITIVE

308. Le Code d'instruction criminelle est muet sur le transport dans la procédure définitive. Cette mesure peut être ordonnée par jugement et se fait en présence des parties. — **309.** Le tribunal peut, au lieu de se transporter tout entier sur les lieux, commettre un de ses membres. Tribunaux correctionnels. Cours d'assises. Pouvoirs du président de la cour d'assises.

308. Les juridictions de jugement trouvent, dans le dossier de l'instruction, les procès-verbaux de constat : elles

Digitized by Google

n'ont donc pas, d'ordinaire, à procéder, par elles-mêmes, à des vérifications déjà faites et dont la matérialité reste, presque toujours, incontestée. Est-ce le motif pour lequel le Code d'instruction criminelle n'a pas tracé de règles, relativement à la *visite de lieux* par les tribunaux de répression, ainsi que l'a fait le Code de procédure civile (art. 42, 295 et suiv.)? Il est néanmoins bien certain que le silence de la loi ne suffit pas pour faire rejeter un procédé de preuve qui n'est pas littéralement prévu, mais qui n'est pas précisément exclu.

La véritable règle à cet égard est tracée par un arrêt de la Cour suprême du 18 mars 1848 [1] : « Les tribunaux ont, non seulement le droit, mais encore le devoir de prendre toutes les mesures, et d'ordonner toutes les preuves, rapports, expertises, visites de lieux, propres à éclairer leur religion et assurer la justice de leur décision ».

Il en résulte que toutes les fois qu'un mode de vérification peut être utile à la manifestation de la vérité, on doit l'autoriser, par cela seul qu'il n'est pas interdit. C'est par application de cette idée que la pratique a toujours admis la possibilité, pour un tribunal, d'ordonner ou d'opérer une visite de lieux. Mais on décide, en même temps, que, bien qu'aucune forme n'ait été prescrite pour cette opération, une double exigence s'impose, comme corollaire des principes de la *publicité*, de l'*oralité* et de la *contradiction* des débats. 1° Le transport sur les lieux doit être ordonné par un *jugement* rendu en audience publique, par conséquent, en cour d'assises, par un arrêt de la cour, prononcé toutes portes ouvertes. D'une part, en effet, et conformément à une règle générale, la visite que les juges feraient *proprio motu* ne pourrait servir de base à une décision ayant un caractère juridique. D'autre part, c'est l'avis public et officiel donné par jugement qui met les parties en demeure d'assister à l'opération. Le défaut de cet avertissement préalable, lorsqu'il a pu nuire à l'une des parties, ministère public, prévenu ou accusé, entraînerait la nullité de la procédure et, par suite, du jugement :

§ LV. [1] D. 1848. 1. 100.

Digitized by Google

les droits de la défense et ceux de la société exigent que toute partie soit mise à même de connaître, par elle-même, toutes les constatations relatives à l'affaire pour les discuter et en contredire les résultats[2]. 2° Le tribunal peut se transporter tout entier sur les lieux. Le constat doit être fait alors, publiquement et contradictoirement, en présence de l'accusé ou du prévenu et du ministère public : l'audience est, en quelque sorte, continuée avec la publicité et la contradiction des débats, en dehors de la salle où elle se tient ordinairement[3].

309. Mais le tribunal peut-il, au lieu de se transporter tout entier sur les lieux, déléguer un de ses membres? C'est une question qui se pose pour les tribunaux correctionnels et les cours d'assises[4], puisque la procédure criminelle n'organise pas, à la différence de la procédure civile, cette forme de constat. Il est vrai qu'elle n'en organise aucune. Il faut donc appliquer à la mesure dont il s'agit les règles ordinaires de la procédure d'instruction[5].

1. Le tribunal correctionnel peut, sans aucun doute, ordonner une information complémentaire, afin de statuer ensuite, en connaissance de cause. Si ce procédé lui était interdit, le tribunal se trouverait dans l'alternative, ou de condamner sans

[2] Cass., 10 mars 1874 (D. 75. 1. 190). La jurisprudence contient, sur tous ces points, de nombreuses décisions, particulièrement applicables à la procédure de simple police.

[3] Ainsi le tribunal doit être accompagné du greffier; l'absence de cet officier suffirait à vicier l'opération : Cass., 8 déc. 1866 (D. 68. 5. 135). Mais le jugement doit être rendu au lieu ordinaire des séances du tribunal. Voy. Cass., 27 juill. 1855 (S. 55. 1. 848; D. 55. 5. 70).

[4] En ce qui concerne le tribunal de police, la question ne se pose pas, puisque le juge de paix est seul au siège. Mais le transport doit être ordonné par jugement. Le juge doit constater le résultat de la descente des lieux, à laquelle assistent le prévenu et le ministère public, par un procès-verbal spécial. Le jugement doit ensuite être rendu dans la salle ordinaire des séances.

[5] Art. 296, C. proc. civ. : « Le jugement commettra l'un des juges qui y auront assisté », ce qui n'exclut ni la faculté d'en commettre plusieurs, ni celle d'en commettre un qui n'aurait pas siégé au jugement qui a prescrit cette mesure, ni celle de donner commission rogatoire à un magistrat étranger au siège.

Digitized by Google

preuves suffisantes, ou d'acquitter malgré des présomptions graves de culpabilité. Le droit du tribunal n'est pas limité à prescrire seulement une mesure exécutée à l'audience, mais aussi à charger un tiers de procéder à une information complémentaire, pourvu que la discussion contradictoire et publique de l'audience soit ouverte au sujet des nouveaux documents apportés par l'information. Mais il est évident que le tribunal ne pourrait requérir le juge d'instruction, comme juridiction, ni de compléter l'information, si elle a eu lieu, puisque le juge d'instruction s'est dessaisi par l'ordonnance de renvoi et que ses pouvoirs sont épuisés, ni d'ouvrir une information, en cas de saisine par citation directe, puisque le tribunal n'a pas l'exercice de l'action publique.

Un tribunal correctionnel peut commettre un de ses membres pour faire une information complémentaire, et notamment pour opérer certaines vérifications sur les lieux. Les conditions auxquelles la jurisprudence soumet cette faculté, sont : 1° Que l'information soit faite par l'un des membres du tribunal qui a concouru au jugement; 2° que si délégation est donnée au juge d'instruction (en admettant, bien entendu, qu'il ait siégé comme juge dans l'affaire), celui-ci ne soit pas requis en cette qualité, de telle sorte qu'il procède, non pas comme juge d'instruction, mais comme membre du tribunal qui l'a commis; 3° que les résultats de l'information soient communiqués au prévenu et publiquement discutés[6].

II. Les pouvoirs de la cour d'assises, pendant les débats, doivent être mis en rapport avec les pouvoirs discrétionnaires du président.

Il appartient à la cour d'ordonner, même d'office, toutes les mesures d'instruction qui lui semblent nécessaires à la manifestation de la vérité, pourvu qu'elle ne déroge pas aux règles générales de la procédure[7]. Or, le transport sur les

[6] Voy. notamment un arrêt de rejet de la Chambre crim. du 1er avr. 1892 (S. 92. 1. 333; D. 92. 1. 525). On lira le rapport de M. le conseiller Sallentin dans le premier de ces recueils.

[7] Voy. sur le principe : Faustin Hélie, *Instr. cr.*, t. 7, n° 3308. Conf. pour

Digitized by Google

lieux, par la cour tout entière ou par un magistrat délégué, rentre dans les mesures d'instruction qu'une juridiction pénale peut ordonner. Il n'y aurait donc pas, dans un arrêt prescrivant ces mesures, empiètement de la cour sur les pouvoirs du président. Celui-ci n'en conserve pas moins le droit d'ordonner, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, que la cour, les jurés et les accusés se transporteront sur les lieux du crime[8]. Il peut aussi se livrer lui-même à une vérification de fait en se transportant sur les lieux. Mais il est tenu de respecter le principe dominant de la publicité et de la contradiction des débats, à l'application duquel le pouvoir discrétionnaire, qui lui est donné pour arriver à la découverte de la vérité, ne saurait le soustraire[9].

§ LVI. — DE LA TECHNIQUE DU TRANSPORT SUR LES LIEUX

310. De l'importance des premières constatations faites et du rôle prépondérant du magistrat instructeur dans la direction de l'affaire. — **311.** De l'utilité d'une sorte de technique du transport. — **312.** Préparation du transport. — **313.** Méthode à suivre sur les lieux. S'assurer d'abord de l'état concomitant au crime. — **314.** Description. — **315.** Recherche des objets cachés. — **316.** Applications pratiques de cette méthode aux crimes les plus importants. Renvoi.

310. Toutes les opérations de transport sont l'objet d'un *procès-verbal.* C'est le magistrat qui le dicte; le greffier qui l'écrit. Il s'agit d'une constatation qui doit être la pierre angulaire de la procédure. Son importance est d'autant plus

l'application : Crim. rej., 27 déc. 1860 (D. 61. 5. 127); 12 mars 1857 (D. 57. 1. 182).

[8] Crim. rej. 3 oct. 1872 (*B. cr.*, n° 244). Voy. sur la question : *Le président d'une cour d'assises peut-il ordonner le transport de la cour, des jurés, de l'accusé et de ses conseils sur le lieu du délit? Rev. Wolowski*, t. XVIII, p. 215.

[9] Un arrêt a décidé que le président de la cour d'assises a le droit de confier à l'un des assesseurs de cette cour le soin de recueillir toutes les déclarations qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité et de faire lever, d'après ces déclarations, un plan des lieux. Cass., 24 janv. 1839, Muglioni (*J. du Pal.*, 39. 1. 563).

Digitized by Google

grande que, la plupart du temps, le constat ne pourra pas être recommencé et qu'il aiguillera les soupçons ou les preuves dans telle ou telle direction. Gross a eu raison d'écrire que « jamais un juge d'instruction maladroit ne fournit un bon procès-verbal d'inspection des lieux et que c'est par ce procès-verbal qu'un bon juge d'instruction révèle toute sa valeur ».

311. Pour entreprendre utilement une inspection judiciaire des lieux, il ne suffit pas de connaître le droit et les formulaires, de prendre pour guide le Code et les instructions administratives; il est nécessaire de se conformer à une sorte de *technique professionnelle* qui doit servir d'armature à la faiblesse du juge d'instruction, s'il en est besoin, de guide et de soutien à l'intelligence et à l'expérience de celui qui est habitué à ces opérations [1].

312. Avant tout, il faut avoir soin de bien se préparer et de tout organiser comme on prépare ou organise une expédition scientifique. Les conseils à cet égard se trouvent exposés dans le *Manuel pratique d'instruction judiciaire* de Gross, auquel je me contente de renvoyer [2].

313. La méthode à suivre sur les lieux est indiquée par l'objet même de l'opération. Il faut d'abord observer tranquillement et attentivement la situation. Puis, chercher les personnes en état de donner sur l'affaire des renseignements permettant d'orienter l'instruction, au moins approximativement.

Le juge ne commettra jamais d'erreur ou d'omission grave, s'il a toujours présente à l'esprit la vieille maxime des juristes :

« *Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando?* »
« Qui, quoi, où, avec qui, pourquoi, comment et quand? »

§ LVI. [1] Le *Guide pratique des magistrats en transport* de G. Abadie, est un excellent *vade-mecum*.

[2] Voy. notamment, p. 148, 149, 172 à 178. Comp. G. Abadie, *op. cit.*, p. 6, qui énumère ce « que doit emporter un magistrat en transport ».

Digitized by Google

Le point le plus important, c'est la vérification préalable de l'état des lieux, antérieur ou concomitant au crime. Après s'être assuré que cet état n'a pas été modifié, le magistrat instructeur doit veiller à la conservation des traces existantes. Mais l'élimination de tout ce qui est postérieur à l'instant du crime est une des précautions les plus indispensables pour arriver à un constat rigoureux.

314. Après avoir ainsi déterminé, par voie d'exclusion, ce qui fait partie de l'état des lieux et ce qui n'en fait pas partie, le juge procède à la *description*. Et la règle qu'il ne faut jamais perdre de vue est ainsi formulée par Gross : ne déranger, n'enlever et même ne toucher aucun objet, avant qu'il n'ait été minutieusement décrit dans le procès-verbal. Quant à la méthode à suivre dans la description, c'est chose individuelle. Il faut être exact, clair et précis, donner des points de repère qui puissent être contrôlés après coup, et joindre, si possible, au procès-verbal, un plan et un croquis des lieux.

315. La recherche des objets cachés implique une perquisition minutieuse. Il faut tout examiner, car il n'y a pas d'endroit où ne puissent être dissimulés des objets importants[3].

316. Les applications pratiques de ces règles et le programme des qualifications et questions à poser pour les crimes qui se commettent le plus fréquemment : attentat à la pudeur, attentat au moyen des explosifs, avortement, faux, fausse monnaie, homicides volontaires, incendies criminels, infanticides, viols, vols qualifiés, ont été présentés, d'une manière synthétique, dans le *Guide pratique du magistrat en transport*[4]. Nous ne pouvons que renvoyer à cet excellent ouvrage.

[3] Voy. les exemples donnés par Gross, *op. cit.*, p. 166 à 171.
[4] Voy. p. 49 à 128.

Digitized by Google

CHAPITRE III

DE L'EXPERTISE.

§ LVII. — NATURE DE L'EXPERTISE[1].

317. Ce qu'est l'expertise. Son utilité. Ses caractères. — **318.** Motifs de la confiance en l'expert. Base commune de confiance dans l'expertise et le témoignage. Différences en ce qui concerne la nature et le champ d'application de l'expertise et du témoignage. — **319.** De la responsabilité de l'expert. — **320.** Importance actuelle du mode de vérification par expertise. Ses erreurs. La faillibilité de l'expert implique l'obligation de ne pas donner à son avis le caractère d'une décision. — **321.** Absence de réglementation de l'expertise criminelle. Question générale de savoir si les règles de l'expertise civile sont applicables à l'expertise criminelle. Points communs. Différences principales.

317. Il y a lieu de recourir à une expertise, toutes les fois qu'il se présente, dans un procès criminel, certaines questions dont la solution exige des connaissances toutes particulières et pour lesquelles les juges n'auraient pas de compétence scientifique ou technique suffisante. Il s'agit, par exemple, de déterminer les causes d'un décès, la composition de telle substance prétendue toxique ou falsifiée, l'authenticité de tel écrit dont la signature est contestée : l'autopsie, l'analyse chimique, la vérification d'écriture seront confiées à des hommes spéciaux, préparés, par leurs études ou leurs professions, à ces

§ LVII. [1] Bibliographie : Genesteix, *De l'expertise criminelle en France* (Th. doct., Paris, 1900); Léon Meslier, *Des expertises en matière criminelle* (Th. doct., Paris, 1901); André Dehesdin, *De l'expertise en matière criminelle* (Th. doct., Paris, 1901). Il a été beaucoup écrit sur l'expertise médicale. Nous citons plus loin les principaux travaux qui ont été publiés sur cette expertise spéciale.

Digitized by Google

opérations scientifiques. Telle est la notion générale de l'expertise.

Trois caractères en résultent : 1° Toute expertise procède d'une commise du juge, et l'expert est, avec raison, qualifié de « mandataire de justice » : une expertise amiable n'a que la valeur d'un renseignement et ne comporte pas plus de solennité que l'exécution d'un mandat ordinaire ; 2° L'expert est commis, soit pour donner un avis personnel et motivé, soit pour faire une opération matérielle à laquelle le juge ne peut procéder lui-même : dresser un plan, visiter un malade, etc.[2] ; 3° Le magistrat ne peut se décharger sur l'expert du soin de juger le fond du procès, soit au point de vue des conséquences juridiques des faits constatés ou appréciés par l'expert, soit au point de vue de la décision qu'il est lui-même appelé à prendre. L'expert donne un simple *avis* sur des faits qui lui sont soumis ou qu'il est chargé de constater.

318. Les motifs de la confiance accordée aux experts sont de même nature que les motifs de la confiance accordée aux témoins. Par une induction puisée dans les lois de la nature morale, nous croyons à la science et à la loyauté de l'expert, de même que nous ajoutons foi au témoignage de nos semblables : l'expertise et la preuve testimoniale s'appuient donc sur une base commune ; et, en se plaçant à ce point de vue, on a souvent rapproché, la preuve par experts de la preuve par témoins : les experts sont, en effet, des espèces de témoins, qui disent ce qu'ils ont vu, les détails qu'ils ont observés, les circonstances qui les ont frappés. Mais cette analogie entre l'expertise et le témoignage n'est qu'apparente.

L'expertise et le témoignage se séparent, en effet, par leur

[2] A cet égard, l'architecte, appelé, en matière criminelle, à dresser un plan des lieux, le médecin commis pour visiter un blessé, etc., sont des experts et doivent, en cette qualité, prêter le serment des experts. La question de savoir si l'expert qui se livre à une vérification matérielle, sans avoir à donner un avis, est un expert proprement dit, est discutée. Je crois plus sûr de considérer tout homme de l'art, appelé à collaborer à l'œuvre de la justice, comme ayant la qualité d'expert.

Digitized by Google

nature et leur champ d'application : 1° L'expert n'est pas, à proprement parler, un témoin; il n'a pas à déposer sur des faits qu'il a vus ou entendus *propriis sensibus;* il répond à des questions qui lui sont faites, sur des circonstances qu'il ne connaît pas personnellement; 2° Ses constatations et son avis ne constituent pas une preuve directe, mais l'appréciation, l'éclaircissement ou l'interprétation d'une autre preuve directe, d'un indice, d'un témoignage, d'un écrit. En ce sens, la qualification de *juges*, que donnait un vieil auteur aux experts, est scientifiquement plus exacte que celle de témoins: *Medici non sunt proprie testes, sed est magis judicium quam testimonium;* 3° Alors que le témoin naît des circonstances elles-mêmes sur lesquelles il dépose, du hasard qui l'a fait assister à telle scène, entendre tel propos, alors que le témoin ne peut pas être remplacé ou suppléé, alors que le nombre des témoins est limité par la force même des choses, l'expert, lui, est l'objet d'une désignation judiciaire, d'une commise, il peut être remplacé et le choix du juge n'est pas matériellement entravé par des obstacles tenant aux circonstances du fait.

En résumé, l'expert collabore à la découverte de la vérité, qui est l'œuvre judiciaire par excellence, non pas en apportant ses propres souvenirs, ainsi que le ferait un témoin, mais en donnant une opinion, scientifiquement raisonnée, sur des faits qui lui sont soumis. A ce point de vue, l'expert ne se borne pas à rapporter les constatations dont on l'a chargé, ou la description de ce qu'il a vu. C'est un *avis*, une sorte de *jugement* motivé qu'il rend sur les faits que le juge lui a donné la mission de vérifier. En ce sens, il est l'*auxiliaire du juge* dans la découverte de la vérité. Celui-ci l'a appelé pour l'aider à former son jugement; il a eu recours à la science de l'expert pour résoudre des questions de fait, éclairer des points qui restaient obscurs, et suppléer ainsi aux connaissances qui lui manquent. Ce rôle est donc tout différent de celui du témoin. Aussi voyons-nous les textes, qui s'occupent de ce procédé d'instruction, rapprocher l'expertise de l'expérience personnelle. Sans remonter à l'ordonnance

Digitized by Google

de 1670, qui réunissait, dans deux titres juxtaposés, les descentes sur les lieux et les rapports d'expert[3], le Code d'instruction criminelle, dans l'article 43, autorise le magistrat à se faire accompagner, lorsqu'il se transporte sur les lieux, « au besoin, d'une ou de deux personnes présumées, par leur art ou profession, capables d'*apprécier* la nature et les circonstances du crime ou délit ». Ainsi les opérations qui consistent, pour le juge, à prendre personnellement connaissance des circonstances matérielles du délit, de l'état des lieux, sont rapprochées de celles qui consistent à faire constater et apprécier ces éléments par un tiers plus compétent que le juge, afin que celui-ci tire de ces constatations et de ces appréciations telles conséquences que de droit.

Il en résulte que, les experts ne sont pas assimilés aux témoins, particulièrement aux trois points de vue suivants :

1° La formule du serment que prêtent les experts n'est pas la même que celle du serment que prêtent les témoins. Les premiers jurent « de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience », les seconds, « de dire toute la vérité, rien que la vérité » (C. instr. cr., art. 44, 75, 155, 189), ou bien « de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité et rien que la vérité » (C. instr. cr., art. 317). Or, en matière de serment, par l'effet d'un rigorisme archaïque, la forme est substantielle, et la nullité de la procédure est la conséquence de tout changement dans la formule du serment, suivant la qualité en laquelle on le prête.

Cela est si vrai que les experts, qui doivent, en tant qu'*experts*, et à peine de nullité[4], prêter le *serment professionnel*, en tant que *témoins*, et lorsqu'ils sont appelés devant les tribunaux pour rendre compte de leurs opérations antérieures,

[3] Le titre IV, intitulé : « Des procès-verbaux des juges »; le titre V, « Des rapports des médecins et chirurgiens ».

[4] La prestation du serment des experts est indispensable pour donner à leur rapport l'authenticité qu'il doit avoir. Si cette formalité n'avait pas été remplie, le rapport ne pourrait servir qu'à titre de simples renseignements : Cass., 17 mars 1864 (S. 64. 1. 432); 26 juin 1863 (*B. cr.*, n° 186).

Digitized by Google

doivent prêter le *serment imposé aux témoins*[5]. Bien mieux, un témoin peut être chargé d'une expertise et un expert peut être appelé à témoigner, et, en ces deux qualités, prêter, successivement, les différents serments sous la garantie desquels se placent l'expertise et le témoignage.

Mais entre le serment de l'expert et celui du témoin, la jurisprudence établit une différence qui a été critiquée par quelques criminalistes[6]. La formule du serment du témoin a toujours été considérée comme sacramentelle : un mot en plus, un mot en moins, un mot changé, et le serment est nul. Il n'en est pas de même de la formule du serment de l'expert. La jurisprudence admet que les termes du serment, édictés par l'article 44, peuvent être remplacés par des termes analogues, pourvu que la prestation du serment soit constatée. C'est ainsi que de nombreux arrêts décident que « la loi n'ayant pas attaché, à l'emploi des expressions « *en leur honneur et conscience* », la peine de nullité, ces expressions peuvent être remplacées par des termes équivalents[7] », pourvu que les expressions employées aient le même sens. Et spécialement, le serment prêté par les experts « de bien et fidèlement remplir, en leur âme et conscience, la mission qui leur a été confiée » satisfait aux vœux de la loi[8]. De même, la constatation qu'un expert, appelé à faire un rapport dans le cas de l'article 44, a, préalablement à son opération, « prêté le serment requis » ou « voulu par la loi » est suffisante, la loi ne prescrivant, en matière d'expertise, d'autre formule de serment que celle de l'article 44 du Code d'instruction criminelle[9].

2° La sincérité du témoin est sanctionnée et garantie

[5] Voy. notamment : Cass., 26 août 1875 (S. 75. 1. 435); 1er mars 1877 (S. 77. 1. 275); 27 déc. 1878 (S. 79. 1. 288); 27 janv. 1887 (S. 87. 1. 188), pour les cours d'assises; Cass., 15 déc. 1892 (S. 93. 1. 110), pour les tribunaux correctionnels.

[6] Notamment par Faustin Hélie, *Instr. crim.*, t. 8, p. 646.

[7] Cass., 16 juill. 1829 (S. chr.).

[8] Cass., 2 août 1888 (*B. cr.* n° 260).

[9] Cass., 20 déc. 1855 (S. 56. 1. 470; D. 56. 1. 95); 20 janv. 1893 (D. 95. 1. 213).

Digitized by Google

par les peines du faux témoignage, tandis que, dans ses appréciations, l'expert ne relève que de sa conscience[10].

3° Le témoin seul peut être reproché ou récusé, tandis que l'expert s'impose aux parties par le fait même de la délégation du juge. Dans l'ancien droit, les experts étant assimilés aux témoins, ils pouvaient être récusés ou reprochés, dans les mêmes formes, pour les mêmes causes, et dans les mêmes délais que ces derniers. Le Code de brumaire an IV, autorisait le reproche contre les témoins, dans l'article 184, qui est devenu l'article 190 du Code d'instruction criminelle, de 1808. Quant aux experts, ni l'un ni l'autre de ces deux Codes, n'accordent, par un texte formel, ce moyen de défense aux inculpés. Le silence de la loi suffit-il pour l'exclure? Après quelques hésitations, la jurisprudence décide qu'un expert ne peut être, à ce titre, ni récusé ni reproché[11]. Que, dans l'instruc-

[10] Mais cela n'est vrai que sous certaines réserves que nous avons indiquées ailleurs : *Traité théor. et prat. du droit pénal* (2e édit.), t. 5, n° 2016, p. 298.

[11] On cite le texte d'un arrêt de la Cour de cass. du 27 avril 1832 (*B. cr.*, p. 123), comme ayant admis le droit de récusation des experts en matière criminelle. Mais cet arrêt rapporté par Meslier, *Des expertises criminelles*, p. 85, ne se retrouve pas et son texte paraît inventé. La question se rattache au problème plus général de l'application, à l'expertise répressive, des règles de l'expertise civile. Sur cette question, la jurisprudence est fixée dans le sens de la négative : Crim. rej., 16 févr. 1855 (D. 55. 1. 350); 12 mars 1857 (D. 57. 1. 182); Crim. cass., 2 janv. 1858 (D. 58. 1. 47); Crim. rej., 27 déc. 1879 (D. J. G. Supplément, v° *Expert*, n° 185, note 2). En conséquence les causes de récusation contre les experts en matière civile ne sont pas admises contre les experts en matière répressive. Voy. Cour Paris du 10 janv. 1896 (D. 97. 1. '37) : « Attendu que la demande de L... se formule en une demande en récusation de l'un des experts nommés d'office, laquelle demande ne pourrait trouver sa base légale que dans l'article 310 du Code de procédure civile; que les règles de l'expertise, en matière criminelle ou correctionnelle, doivent être recherchées, non dans le Code de procédure civile, mais dans les articles 43 et 44 du Code d'instruction criminelle lesquels ne prévoient pas et par suite ne permettent pas d'admettre aucuns motifs de récusation des experts, nommés d'office par le juge; qu'il résulte de l'absence de toute disposition à cet égard, dans le Code d'instruction criminelle, que le législateur, en n'impartissant pas de

Digitized by Google

tion, l'inculpé n'ait aucun droit de *reprocher* un expert, c'est ce qu'il faut bien admettre, puisque l'expert est un délégué du juge. Mais, plus tard, à l'audience, lorsque l'expert viendra expliquer son rapport, il pourra, sans doute, le reprocher, puisque la jurisprudence considère alors l'expert comme un témoin.

Mais le rapport de cet expert, reproché comme témoin, n'en restera pas moins au dossier, et sera placé sous les yeux des jurés ou du tribunal correctionnel. Ne serait-il pas plus logique de donner à l'inculpé le droit de *récuser* l'expert, au moment même de sa nomination, par assimilation de l'expert au juge? Le Code d'instruction criminelle ne prévoit, nulle part, la récusation des magistrats par l'inculpé. Mais une jurisprudence constante déclare que les dispositions du Code de procédure civile, concernant la récusation individuelle des magistrats, sont applicables en matière criminelle[12]. Par analogie, pourquoi n'autoriserait-on pas la récusation de l'expert, pour les mêmes causes qui autorisent la récusation du juge? L'expert, lui aussi, a une sorte du jugement à rendre

délai à l'action et en ne limitant pas les motifs pour lesquels elle pourrait être exercée, a entendu refuser aux inculpés le droit de récusation des experts, nommés par le juge au criminel, droit qu'il n'a accordé aux parties, qu'en le réglementant, dans le Code de procédure civile, pour les experts nommés dans les instances civiles; qu'en l'absence de texte reconnaissant aux inculpés le droit de récusation, il ne saurait appartenir aux tribunaux de suppléer au silence de la loi; que si, dans l'ancien droit criminel, le prévenu et la partie civile pouvaient proposer, contre les experts, les mêmes causes de récusation que contre les juges et les témoins, cette faculté était la conséquence des preuves légales; que, dans notre droit actuel au contraire, le juge n'est pas lié par l'opinion des experts qu'il a nommés, et, devant lui, la partie civile et le prévenu peuvent discuter librement l'opinion émise par les experts et y opposer toutes les autorités, tous les renseignements propres à les combattre, faire connaître les motifs particuliers de haine ou d'affection qui auraient pu déterminer leur opinion, que ce droit de discussion complète plus sûrement que toute procédure de récusation et assure, en tous les cas, les garanties de la libre défense des accusés et des prévenus... » Comp. Mangin, *De l'Instruction civile*, n° 81; Faustin Hélie, *Instr. crim.*, t. 4, n° 1890, p. 526 et 527.

[12] Nîmes, 8 janv. 1880 (D. 82. 2. 96); Cass., 12 janv. 1884 (D. 85. 1. 426).

Digitized by Google

ou plutôt d'avis à donner. Mais bien que cet avis ne soit pas obligatoire, il est d'une importance souvent décisive, et sa valeur dépend autant de l'impartialité de celui qui l'émet que de sa compétence scientifique ou technique[13].

319. Si les experts, dont les rapports ont été sanctionnés par jugements passés en force de chose jugée, ne peuvent être recherchés, à raison des erreurs de fait ou des inexactitudes commises dans leurs rapports, et s'ils sont couverts par l'autorité qui s'attache à la décision du juge auquel ils n'ont donné qu'un avis[14], ils peuvent, au contraire, être déclarés responsables, s'il y a eu dol ou fraude de leur part, et que ce dol ou cette fraude ait causé un préjudice à autrui[15]. L'article 1382 du Code civil est, en effet, la base, la limite et la condition de leur responsabilité, car la faute, qui peut être reprochée à l'expert, est celle qui résulte de sa mauvaise foi et non de son inexpérience ou de son ignorance, puisqu'il est couvert, à cet égard, par la commise du juge.

320. Le mode de vérification par expertise n'a acquis toute son importance que dans le droit moderne. Ce n'est pas qu'il ait été étranger aux législations passées. Dès qu'il a existé des juges, ceux-ci ont eu besoin d'hommes plus compétents qu'eux-mêmes pour éclairer leur conscience. Mais, avec le développement scientifique moderne et la division des compétences qui en a été la suite, l'expertise est devenue, dans un grand nombre de procès criminels, dans les plus douteux surtout, le procédé d'instruction décisif. La médecine légale notamment, secondée par les sciences diverses qui lui servent

[13] Le Code de procédure criminelle autrichien de 1873 consacre le droit de récuser les experts; mais il n'énonce pas les motifs de récusation qui sont laissés à l'appréciation des juges : c'est, du reste, le même régime qui est suivi pour les magistrats (§§ 67 à 69, 72, 120 et 121). Le Code de procédure allemand de 1877 déclare expressément que les motifs de récusation sont les mêmes pour les experts que pour les juges.

[14] Voy. Pau, 30 déc. 1863 (S. 64. 2. 3), la note et les renvois. *Adde*, Sourdat, *Traité de la responsabilité*, t. 1, n° 679 *bis*.

[15] Cass. req., 31 janv. 1900 (S. 1900. 1. 403).

Digitized by Google

d'auxiliaires, a fini par conquérir, devant les tribunaux de répression, une place prépondérante. Dans les temps passés, elle n'était rien ou presque rien ; par un retour habituel aux choses humaines, elle tend à être tout. L'école positiviste demande même qu'on substitue, au jury populaire, un jury technique, et que le jugement pénal soit l'œuvre non de magistrats ou de jurés, mais d'experts. Y aurait-il chance, avec cette réforme, d'éviter ou tout au moins de diminuer les défaillances de la justice criminelle? Si l'on parcourt les relations des cas, plus ou moins avérés, d'erreurs judiciaires, « on reconnaît ordinairement, sinon toujours, que c'est à l'expertise qu'il faut les imputer[16] ». Et ceux qui ont suivi de près les affaires criminelles, dans ces dernières années, seraient presque tentés de proclamer la « faillite de l'expertise judiciaire ». Il est certain que toute réforme qui tendra à augmenter la capacité des experts, à entourer leur choix de nouvelles et meilleures garanties, à organiser le contrôle et la contradiction de leurs opérations, rendra moins fréquents les fâcheux accidents qu'on reproche à ce procédé d'instruction. Mais il est prudent de ne pas oublier l'incertitude des constatations des experts, leurs contradictions, leurs erreurs,

[16] Cette observation est faite par le Dr Lescœur, professeur de toxicologie à l'Université de Lille (*L'expertise contradictoire, Rev. pénit.*, 1905, p. 1216). Voy. également Dr Lacassagne, *Les médecins experts et les erreurs judiciaires* (*Rev. scientifique*, 1897, p. 4); Lailler et Vonoven, *Les erreurs judiciaires et leurs causes* (Paris, Pedone, ch. III, p. 9 et suiv.). Les procès qui dans ces derniers temps, ont surtout attiré l'attention publique sur les erreurs des expertises, sont : 1° Affaire de la femme Druaux. Voy. Lailler et Vonoven, *op. cit.*, p. 112, 114, 165, 179, 406 à 418 ; Lacassagne, *op. cit.*, p. 5. Pour la revision de la condamnation : Cass., 26 juin 1896 (S. 99. 1. 425) et Bataille, *Causes criminelles et mondaines* de 1896, p. 231 à 247) ; 2° Affaire Danval. Empoisonnement par l'arsenic; 3° Affaire de l'herboriste Moreau. Double empoisonnement par l'arsenic. L'intoxication chronique par le cuivre, qui était une vérité scientifique, il y a quelques années, est, aujourd'hui, rayée de la toxicologie. « L'intoxication aiguë subsiste, écrit le Dr Lescœur (*op. cit.*, p. 1216, note 2), mais sans offrir de gravité particulière. Il est inadmissible que ce métal occupe le troisième rang dans la statistique des cas d'empoisonnements criminels. On peut entrevoir au sujet du cuivre de nombreuses erreurs judiciaires ».

Digitized by Google

en un mot leur faillibilité, quand on prétend supprimer le juge ou tout au moins la liberté d'appréciation du juge. L'expertise, comme tout autre procédé d'instruction, a besoin d'être soumise à un double contrôle, celui des parties, dans les débats, et celui du juge, dans la décision. Les réformes de l'expertise doivent particulièrement porter sur la compétence des experts et sur la contradiction de leurs opérations.

321. Bien que l'opinion de l'expert ne s'impose pas au juge, on s'est demandé, en raison de l'influence que son autorité morale peut exercer sur l'esprit du tribunal, si la loi ne devait pas réglementer, avec soin, la matière de l'expertise, suivant les divers ordres de renseignements qui peuvent intéresser la justice? Nous croyons, contrairement à une opinion assez généralement soutenue, que toute réglementation, trop précise et trop rigoureuse, irait contre le but même que l'on se proposerait d'atteindre.

Deux principes généraux paraissent, en effet, s'imposer.

Le premier est la liberté du choix laissée aux tribunaux, entre les divers spécialistes qui peuvent être appelés à éclairer la justice. Il ne faut pas essayer de limiter, par des questions de nationalité, de sexe, de diplômes, la confiance naturelle et nécessaire qui s'adressera au plus compétent. Il ne faut pas non plus que la désignation des experts appartienne à d'autres que les magistrats mêmes auxquels incombe la mission d'instruire et de juger la cause [17].

Le second, est la liberté qui doit être reconnue au juge pour apprécier, dans sa conscience, les résultats de l'expertise. On l'a dit, avec raison, « l'expertise n'est qu'un verre qui grossit les objets; et c'est au juge qui a la faculté de s'en servir, à examiner en toute liberté si les images qu'elle lui présente sont bien nettes [18] ». La réglementation de l'expertise ne saurait donc porter que sur le côté extérieur de l'opération, en

[17] Voy. les observations très justes que fait le Dr Lescœur (*Rev. pénit.*, 1905, p. 1221), à propos de la tendance de certaines lois spéciales à faire désigner les experts par l'autorité administrative. Voy. § LXIII.

[18] Bonnier, *op. cit.*, t. 1, no 111.

Digitized by Google

un mot sur la procédure. Mais, ici, la procédure se lie au fond du droit, en ce sens que, suivant l'organisation de l'expertise, les renseignements qu'elle fournira à la justice, seront plus ou moins sérieux et utilisables.

Du reste, ce n'est pas par excès de précision et de précaution que pèche la loi française. Nous ne trouvons mentionnée l'expertise qu'en ce qui touche l'instruction préparatoire. Deux textes seulement du Code d'instruction criminelle s'en occupent, les articles 43 et 44. Aux termes de l'article 43, le magistrat, chargé de procéder aux premiers actes d'instruction, se fait accompagner, au besoin, d'une ou deux personnes présumées, par leur art ou profession, capables d'apprécier la nature et les circonstances du délit. L'article 44, reproduisant l'ordonnance de 1670 (tit. IV, art. 1), ainsi qu'une déclaration du 5 septembre 1712, veut que, toutes les fois qu'il s'agit d'une mort violente, ou d'une mort dont la cause est inconnue et suspecte, un ou deux officiers de santé fassent leur rapport sur les causes de la mort ou sur l'état du cadavre [19].

La seule règle de procédure concerne le serment de « faire son rapport et de donner son avis en son honneur et conscience » que l'expert doit prêter, avant ses opérations, devant les magistrats qui l'ont commis, aux termes du même article 44, serment dont il doit être fait mention au procès-verbal.

Le silence du Code d'instruction criminelle sur la marche de l'expertise donne lieu à la question générale de savoir si le juge pénal peut admettre ou rejeter, à son gré, les formes prescrites par le Code de procédure pour l'expertise civile (art. 303 et suiv.).

Ce n'est pas que l'expertise criminelle diffère de l'expertise civile par son but ou par les circonstances dans lesquelles elle est employée. L'une et l'autre interviennent à propos d'une question qui exige, pour être examinée et résolue, des connaissances spéciales : le juge, qui ne possède pas ces connaissances, a recours à des auxiliaires qu'il commet pour l'éclairer. Il en résulte que les deux expertises ont un certain

[19] Cet article est, du reste, corroboré par l'article 81 du Code civil.

Digitized by Google

nombre de points communs. C'est ainsi qu'au civil comme au pénal, le juge décide souverainement sur l'opportunité d'une expertise; que, dans les deux cas, il l'ordonne par jugement; qu'il n'est pas limité dans son choix; que l'expert puise son titre dans la confiance du juge et reçoit de lui seul sa mission, encore qu'il ait été proposé, au choix du juge, par les parties. Une règle commune à l'expertise civile et à l'expertise criminelle résulte de cette dernière constatation. Les experts, désignés par justice, ne pourraient pas déléguer, à des tiers, tout ou partie de leurs fonctions. Ils doivent procéder eux-mêmes, et en collaboration, s'ils sont plusieurs, à toutes les appréciations que comporte la mission dont ils sont chargés. Mais, en confiant, soit à l'un d'eux, pris isolément, soit même à un tiers, une opération purement matérielle, ne comportant aucune appréciation, les experts ne délèguent pas les pouvoirs qu'ils tiennent de leur mandat de justice, puisqu'ils demeurent libres de tirer de cette opération matérielle les conclusions qu'elle peut entraîner pour l'accomplissement de leur mission[20]. Au civil comme au pénal, les experts entrent en fonctions par le serment qu'ils prêtent de bien remplir la mission qui leur est confiée. L'autorité du rapport des experts et la foi qui doit être accordée à leurs déclarations ne sont pas différentes dans les deux ordres de procès. La règle commune est l'entière liberté d'appréciation pour le juge.

Mais la procédure criminelle est différente de la procédure civile dans son organisation et dans son but. Tandis qu'en matière civile, l'instruction du procès appartient exclusivement aux parties et que celles-ci participent à la désignation

[20] *Sic*, Cass., 15 mai 1876 (S. 76. 1. 305); Lyon, 12 avril 1897 (S. 97. 2. 293). Dans l'espèce de ce dernier arrêt, il s'agissait d'un médecin, expert en matière d'accident, chargé d'examiner l'état d'un blessé, qui avait fait photographier le pied de ce blessé, au moyen des rayons X par un confrère. On prétendait qu'il avait ainsi délégué illégalement ses pouvoirs d'expert à un tiers. Mais il s'agissait là d'une opération matérielle, ne comportant aucune appréciation, et dont l'auteur ne participait en rien, par conséquent, à la mission d'un expert. Voy. Oscar et Dejean, *Traité théor. et prat. des expertises*, 3e éd., par Flamand et Peltier, n° 432.

Digitized by Google

des experts et au contrôle de leurs opérations, en matière pénale, l'instruction du procès est l'œuvre de la justice elle-même. Aussi la jurisprudence n'a pas cru devoir puiser, à ces deux points de vue, dans le Code de procédure civile, pour suppléer à l'absence de réglementation de l'expertise criminelle. Ce qui caractérise, en effet, la pratique de cette mesure d'instruction, c'est, tout à la fois, le choix arbitraire de l'expert par le magistrat instructeur ou la juridiction saisie, sans que le prévenu ait le droit de contrôler ce choix dans une mesure quelconque, et le manque de contradiction, dans les opérations de l'expertise, qui sont faites en dehors des intéressés.

§ LVIII. — NOMINATION ET CHOIX DES EXPERTS.

322. L'expertise est une mesure d'instruction, soit de la période préparatoire, soit de la période définitive de la procédure. — **323**. Dans la période préparatoire, expertise, soit en cas de flagrant délit, soit dans les cas ordinaires, soit dans l'enquête officieuse. — **324**. Dans la période définitive, l'expert est commis par la juridiction : tribunaux de police, tribunaux correctionnels, cours d'assises. Il faut un jugement ou un arrêt. En cour d'assises, cependant, le président peut commettre un expert en vertu de son pouvoir discrétionnaire. — **325**. Chambre d'accusation. Président de la cour d'assises dans les intersessions. — **326**. Le choix des experts n'est pas limité. Mineur. Interdit. Etranger. Femme. — **327**. L'ordonnance ou le jugement qui nomme les experts doit préciser les questions à résoudre.

322. L'expertise est une mesure d'instruction, employée, soit dans la *période préparatoire*, soit dans la *période définitive* de la procédure [1].

323. Une expertise peut être ordonnée, par chacun des pouvoirs qui concourent à l'*instruction* de l'affaire, avant son renvoi devant le juge du crime ou du délit. En effet, le droit

§ LVIII. [1] La réquisition ou commise de l'expert, dans cette période, peut être orale ou écrite. Le premier mode est naturellement réservé aux expertises les plus urgentes. Dans tous les autres cas, la réquisition est faite sous la forme d'un avertissement ou d'une simple lettre remise sans frais par un agent de police, un garde champêtre ou un gendarme. Le plus fréquemment cette pièce revêt la forme, soit d'un réquisitoire, soit d'une ordonnance. On consultera les ouvrages spéciaux, pour les formules.

Digitized by Google

de la prescrire est une conséquence de celui de procéder à l'instruction et en dérive.

Le Code, ne s'étant occupé de l'expertise que pour le cas spécial de flagrant délit, donne le droit d'ordonner cette mesure, dans les articles 43 et 44, au procureur de la République, et, dans l'article 59, au juge d'instruction. Mais il faut autoriser le premier de ces magistrats, lorsqu'il procède à une enquête officieuse, destinée à l'éclairer, *avant tout exercice de l'action publique*, à commettre un expert, qui ne prêtera pas serment, et dont le rapport ne sera consulté qu'à titre de simples renseignements [2].

Quant au juge d'instruction, il puise le droit d'ordonner une expertise, au cours de l'information officielle, dans l'article 61 qui lui reconnaît un pouvoir général pour faire tous actes d'instruction qu'il jugera utiles, sauf à communiquer le dossier de la procédure au procureur de la République, lorsque celui-ci en fera la demande.

324. En ce qui concerne la période du jugement, même devant les cours d'assises, nos Codes sont muets sur ce mode d'instruction : l'expertise est cependant d'un fréquent emploi. On doit y recourir, soit qu'aucune expertise n'ait eu lieu dans l'instruction préparatoire, soit que l'expertise faite paraisse insuffisante. Cette mesure est, en effet, légitimée par sa nécessité même, et s'impose dès qu'il apparaît que, par ce procédé, on a quelque chance de découvrir la vérité [3].

L'expertise, dans la procédure des débats, peut être ordonnée *d'office* ou sur la *demande des parties*. L'expertise doit être ordonnée d'office, si elle offre un moyen d'aboutir à la solution de l'affaire, en fixant un des éléments de la décision. Mais si les juges y voient une mesure inutile et frustratoire, alors, mais alors seulement, il leur est permis de la rejeter, malgré les conclusions des parties. Dans ce cas, ils sont tenus de moti-

[2] La pratique des enquêtes officieuses s'est développée depuis quelques années. Voy. G. Le Poittevin, *Dictionnaire formulaire des Parquets*, 3e éd., v° *Enquête officieuse* et v° *Experts*.

[3] Cass., 12 janv. 1856 (*B. cr.*, n° 18).

Digitized by Google

ver leur décision, c'est-à-dire de déclarer expressément, soit que le fait dont l'expertise sollicitée aurait pour objet d'établir la vérité ne semble ni pertinent ni concluant, soit que le tribunal possède, en dehors de l'expertise, des éléments de conviction suffisants pour n'avoir pas besoin de ceux qu'elle lui apporterait[4].

Par analogie avec les règles de la procédure civile (C. pr. civ., art. 303) et par les mêmes raisons, l'expertise, en matière répressive, ne peut être ordonnée que par un *jugement*, nommant *le* ou *les* experts, et déterminant, avec précision, les questions qu'ils auront à résoudre. C'est, à ce double point de vue, que nous devons examiner les conditions d'une décision d'expertise. Il importe, toutefois, de remarquer que si la nomination d'un ou plusieurs experts doit être faite, en police simple ou en police correctionnelle, par le *tribunal*, elle peut l'être, en cour d'assises, soit par le *président*, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, soit par la *cour*, dans l'exercice de son pouvoir de juridiction. Il n'y a, en effet, dans l'utilisation des experts à la découverte de la vérité, aucune dérogation aux règles ordinaires des preuves, mais seulement l'emploi d'un moyen usuel d'instruction, d'où il suit que cette mesure n'appartient pas à la partie incommunicable du pouvoir discrétionnaire du président de la cour d'assises[5].

Mais si le président et la cour peuvent ordonner la même

[4] Voy. Cass., 17 avr. 1874 (D. 75. 1. 238).

[5] Le président de la cour d'assises peut ordonner une expertise, « puisque l'article 269 du Code d'instruction criminelle lui donne le droit d'appeler, dans le cours des débats, toutes personnes qui lui paraîtraient pouvoir répandre un jour utile sur le fait contesté ». *Sic*, Cass., 19 sept. 1839 (*B. cr.*, n° 301). Un autre arrêt reconnaît ce droit à la cour d'assises, « puisqu'il suffit qu'elle juge qu'un acte d'instruction est nécessaire pour pouvoir l'ordonner ». Cass., 17 janv. 1839 (*B. cr.*, n° 24). Quant au départ de la compétence respective, à cet égard, du président et de la cour, il suffit de remarquer que la cour pourra seule ordonner cette mesure, si elle est sollicitée par des conclusions formelles des parties; la demande d'expertise forme alors un incident contentieux que la cour seule a qualité pour trancher. *Sic*, Cass., 29 nov. 1872 (*B. cr.*, n° 296). Dans tous les autres cas, les pouvoirs du président et de la cour sont parallèles.

Digitized by Google

mesure, cette mesure, suivant qu'elle est ordonnée par l'un ou par l'autre, ne doit pas avoir le même caractère. Toutes les mesures que prend le président en vertu de son pouvoir discrétionnaire, sont considérées comme de simples renseignements (C. instr. cr., art. 269). Toutes celles que prend la cour ne doivent être produites qu'avec le caractère de preuves. Et la conséquence, c'est que les experts, nommés par la cour, devront prêter le serment prescrit par l'article 44, avant de commencer leurs opérations, et le serment des témoins lorsqu'ils seront entendus à l'audience, tandis que les experts, nommés par le président, seront entendus à l'audience sans prestation de serment[6].

325. En dehors du juge d'instruction, du procureur de la République et des tribunaux de répression, la *chambre d'accusation*, elle aussi, peut ordonner une expertise ou un supplément d'expertise. Et il a même été décidé que lorsqu'en ordonnant un supplément d'instruction, pour la vérification, par expert, d'une pièce arguée de faux, la chambre d'accusation n'a pas nommé les experts, le conseiller, par elle commis peut les nommer et recevoir leur serment, sans excéder ses pouvoirs et sans violer aucune loi, par la raison que les articles 196, 232, 305 et 316 du Code de procédure civile sont sans application à la procédure criminelle sur un faux principal.

Le président de la cour d'assises, dans la période qui s'étend de l'arrêt de la chambre d'accusation à la comparution de l'accusé devant la cour, est seul investi, notamment par l'article 266, d'un pouvoir d'instruction. Il a donc, pendant cette période, où la chambre d'accusation n'est plus saisie, où la cour ne l'est pas encore, le droit exclusif de commettre des

[6] Cette distinction, bien qu'acceptée par la jurisprudence, est limitée par la théorie d'après laquelle la prestation de serment d'un expert nommé par le président ou d'un témoin entendu en vertu du pouvoir discrétionnaire ne vicie pas la procédure, qui serait, au contraire, viciée, si un expert nommé par la cour ou un témoin régulièrement cité ne prêtaient pas serment. Voy. Cass., 2 juill. 1846 (*B. cr.*, n° 169).

Digitized by Google

experts : par exemple, à l'effet d'examiner l'état mental de l'accusé. Mais lorsque la cour d'assises, pendant sa session, a, par arrêt, nommé des experts, le président n'est pas compétent pour remplacer l'un des experts empêché, alors même que la démission de l'expert se produirait hors session, à la suite d'un renvoi de l'affaire[7]. C'est que, en effet, le procès est entré dans la période des débats contradictoires. L'expert ne peut être remplacé que lors de la prochaine session des assises et en présence de l'accusé et de son conseil. Cet état de choses, qui résulte du mécanisme même de la procédure et des pouvoirs respectifs de chacun des organismes qui concourent au jugement en cour d'assises, a des inconvénients sérieux qu'une revision seule de la loi pourrait faire disparaître.

326. Le choix des diverses autorités qui ordonnent une expertise doit porter sur des personnes capables, mais toute personne peut, en principe, expertiser et aucune n'en a le monopole. Ces deux règles générales, qui sont communes à l'expertise criminelle et à l'expertise civile, ne s'appliquent cependant pas, à l'une et à l'autre, dans les mêmes conditions.

Toute personne peut, en règle générale, être choisie comme expert. Le principe de la liberté du travail, proclamé par l'article 7 du décret du 7 mars 1791, a entraîné la suppression des experts-jurés qui possédaient autrefois, à titre d'office le privilège de faire les expertises afférentes à leur état[8]. Mais il est des incapacités d'être expert, qui résultent : — soit de la loi, en cas de condamnation entraînant la dégradation civique (C. pén., art. 34), ou d'interdiction du droit d'être expert par application de l'article 42 du Code pénal ; — soit de l'impossibilité de réunir, sur une même tête, deux qualités contradictoires et incompatibles : ainsi ne sauraient être experts, les juges ou les jurés faisant partie du jury de jugement.

[7] Cass., 19 juill. 1895 (S. 96. 1. 59). Voy. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 7, n° 3303.

[8] Notamment il y avait des « jurés chirurgiens en titre d'office ». Voy. détails intéressants dans *La médecine judiciaire en France au XVIIe siècle*, par L. Locard (Lyon, Th. méd., 1902), p. 70.

Digitized by Google

En règle générale, un étranger, une femme pourraient, sans illégalité, être chargés d'une expertise[9]. La loi, en effet, n'édicte aucune prohibition, laissant aux tribunaux le soin de faire un choix judicieux et approprié aux circonstances qui peuvent se présenter. Or, il y a des questions que seul un étranger sera capable de résoudre; s'il s'agit, par exemple, de déterminer et d'apprécier une circonstance de fait qui a eu lieu dans son pays. D'un autre côté, certaines missions semblent devoir incomber tout naturellement à la femme, soit à raison de ses aptitudes spéciales, soit par des considérations de convenance.

Les motifs qui portent certains auteurs à exclure du droit d'être experts les étrangers et les femmes sont tirés de deux considérations principales.

Les articles 34 et 42 du Code pénal placent, sur la même ligne, l'incapacité d'être expert et celle d'être employé comme témoin dans les actes. Cette assimilation du témoin instrumentaire à l'expert conduirait à exiger de ce dernier non seulement la qualité de Français, mais celle de citoyen et à exclure, par conséquent, de cette mission, les étrangers, les faillis non réhabilités. Mais ce raisonnement, qui a pour conséquence d'exiger la capacité politique pour une mission qui ne demande que des connaissances toutes spéciales, et à écarter des personnes plus aptes que d'autres à donner des éclaircissements sur le point en litige, exagère la portée de ces dispositions, car il serait téméraire de tirer des articles 34 et 42 une solution générale qui n'a pas été dans la pensée du législateur. Du reste, la qualité d'expert dans ce texte, n'est pas davantage assimilée à celle de témoin instrumentaire

[9] Sauf, cependant, en ce qui concerne les experts en médecine, la loi du 30 novembre 1892 exigeant qu'ils soient Français (art. 14, § 31). Cette disposition a fait cesser la controverse, en ce qui concerne la nationalité que doivent avoir les médecins experts. La Cour de cassation avait admis qu'en matière criminelle notamment, un docteur étranger pouvait procéder à une expertise : Cass., 16 déc. 1847 (D. 47. 1. 238). Bien entendu, les médecins naturalisés français, après avoir fait leurs études à l'étranger, peuvent, comme les docteurs français, recevoir le titre d'experts.

Digitized by Google

qu'à celle de témoin en justice. Dans l'article 34 notamment, l'individu frappé de la dégradation civique ne peut pas plus être témoin en justice qu'être témoin dans les actes. Or, il est bien certain qu'un étranger, qu'une femme peuvent déposer en justice[10].

Il est vrai que l'expert, régulièrement nommé, est considéré, par la jurisprudence, comme un citoyen chargé d'un ministère de service public, protégé, en conséquence, contre les outrages qu'il reçoit dans l'exercice de ses fonctions, par l'article 224 du Code pénal, mais, cette jurisprudence se place dans le cas le plus ordinaire, celui où l'expert, nommé d'office, est citoyen français, mâle et majeur; elle n'a pas eu pour objet de limiter le choix des experts à certaines catégories de personnes : tout ce qu'on peut légitimement en conclure, c'est que si l'expert ne réunit pas ces trois qualités, il ne sera pas regardé comme investi d'un service public[11].

Il n'y a, du reste, aucune incompatibilité entre la qualité d'expert et celle de témoin; il peut arriver, en effet, quelquefois que la même personne figure dans les débats en qualité d'expert et de témoin : par exemple, si un témoin est chargé d'une expertise, ou si un expert est appelé en témoignage, il doit alors prêter, en chacune de ces qualités, le serment qui y correspond[12].

327. L'ordonnance ou le jugement qui nomme *le* ou *les* experts doit préciser les questions à résoudre. Les expertises incomplètes ont souvent pour cause l'insuffisance et l'incohérence de la décision qui les ordonne. On ne saurait donc trop

[10] Du reste, depuis la loi du 7 décembre 1897, la femme peut signer comme témoin dans tous les actes instrumentaires (art. 1). L'objection s'appliquait donc à l'état de choses antérieur à cette loi.

[11] Nous ne parlons pas : 1° des *mineurs* qui, à raison de leur âge même, n'auraient pas l'expérience compatible avec la qualité d'expert (Voy. la note de M. Glasson sous un arrêt de Nancy, du 9 février 1886, dans D. 87. 2. 26); 2° ni des personnes *interdites judiciairement* qui sont présumées ne pas jouir de leur raison; 3° ni des *aliénés* non interdits. Mais ce sont là des incapacités naturelles et non légales.

[12] Voy. Cass., 27 janv. 1887 (S. 87. 1. 188).

Digitized by Google

recommander, soit aux magistrats instructeurs, soit aux tribunaux, de se pénétrer de cette vérité qu'une question bien posée est presque toujours facilement résolue. Il ne faut pas craindre de procéder par voie d'analyse, car, la plupart du temps, il s'agit d'éclairer le juge sur des faits qui se conditionnent les uns les autres et dans lesquels le rapport de cause à effet sera d'autant mieux élucidé par l'expert qu'il sera mieux décomposé par le juge. L'analyse est, du reste, la méthode d'*investigation* des vérités encore ignorées, et l'expertise a précisément pour but de les découvrir. On trouvera, dans un certain nombre d'ouvrages techniques, des exemples et des leçons.

Nous ne nous dissimulons pas, du reste, que, pour pouvoir tracer nettement la mission d'une expertise, comme pour pouvoir en comprendre et en contrôler les résultats, il est nécessaire que le juge ait lui-même certaines connaissances techniques et des « clartés de tout », sans lesquelles on ne saurait utilement et consciencieusement exercer le magistère pénal. Si, dans l'expertise, la solution du problème scientifique incombe au spécialiste, l'énoncé doit en être fait par le magistrat et suppose, de sa part, au moins une connaissance succincte des objets sur lesquels porte sa décision ou sa réquisition.

Il importe d'abord de savoir *qui* il faut interroger, c'est-à-dire quelle espèce d'expert il faut choisir. A cet égard, dans bien des cas, des praticiens pourront rendre plus de services que des savants. Il faut également savoir *sur quoi* on peut interroger. Les limites du savoir de l'expert ne peuvent être indiquées *a priori*. Mais il est aussi ridicule de trop demander, qu'il est imprévoyant de ne pas assez demander. Enfin, il faut saisir le *moment* où l'on doit interroger, c'est-à-dire l'époque à laquelle les matériaux, déjà réunis, permettront d'obtenir des renseignements utilisables. On s'imagine, parfois, que l'expert n'a qu'à s'occuper de l'objet limité de sa mission, mais on oublie que toute question, même limitée, implique, en matière d'expertise, des difficultés que l'expert consciencieux ne peut résoudre s'il ne con-

Digitized by Google

naît le dossier et les circonstances qui ont accompagné le crime [13].

§ LIX. — MARCHE DE L'EXPERTISE.

328. Absence de toute règle précise dans le Code d'instruction criminelle. Double conséquence qui en résulte, soit au point de vue de la nomination des experts, soit au point de vue du caractère non contradictoire de l'expertise. — **329.** Nombre des experts. Pouvoir arbitraire des tribunaux de répression. — **330.** Caractère non contradictoire de l'expertise criminelle. — **331.** L'organisation contradictoire de l'expertise criminelle est une réforme depuis longtemps demandée. Comment la réaliser. Difficultés. — **332.** Choix *de* ou *des* experts. Liste d'experts.

328. L'absence de toute règle précise, dans le Code d'instruction criminelle, sur la marche de l'expertise, a fait décider : 1° que c'est *au tribunal* et non *aux parties* à désigner *le* ou *les* experts ; 2° que l'expertise en matière criminelle, correctionnelle et de police, *n'a pas le caractère contradictoire* qu'elle doit avoir en matière civile. Ces deux solutions dérivent de la nature même de la procédure inquisitoire, dans laquelle la recherche de la certitude est faite par le juge ou au nom du juge.

329. En cas de flagrant délit, le Code a fixé à *un* ou *deux*, le nombre des experts que le magistrat pouvait commettre (art. 43). Pour les autres cas, il ne contient aucune disposition sur le nombre des experts. Faut-il, dans le silence de la loi criminelle, recourir aux dispositions de l'article 303 du Code de procédure civile, d'après lesquelles : « L'expertise ne pourra se faire que par *trois* experts, à moins que les parties ne consentent qu'il y soit procédé par *un seul* » ? Mais, dans la procédure criminelle, l'expertise est un moyen d'instruction que le juge ordonne de son initiative. Le juge n'a pas, comme en matière civile, le rôle d'un *arbitre* entre les parties. D'où il suit que, à défaut d'un texte précis, la jurisprudence donne, au magistrat de répression, le droit absolu, soit d'ordonner une expertise, soit de fixer le nombre des experts. Sui-

[13] Sur tous ces points : Hanns Gross, *op. cit.*, t. 1, p. 178 à 316, dans le chap. intitulé : *L'expert et la manière de l'utiliser.*

Digitized by Google

vant qu'il le jugera nécessaire, il en prendra *un* ou *plusieurs*. Ce n'est là qu'une conséquence logique du type inquisitorial de notre instruction criminelle.

Pendant longtemps, l'usage a été, en France, de désigner toujours *deux* experts, quelquefois *trois*, en cas d'expertise médico-légale. Il suffit, pour s'en assurer, de parcourir les ouvrages de médecine légale, publiés dans la première moitié du XIX^e^ siècle, notamment ceux d'Orfila et de Devergié. Mais, depuis 1867, par des circulaires successives, et dans le but d'économiser les frais de justice criminelle, la Chancellerie prescrit de ne désigner qu'*un seul* expert. Sans doute, elle n'a pas eu la pensée d'ériger ce conseil en une règle inflexible ; c'est une simple recommandation administrative qu'elle formule[1]. Il y a des opérations qui ne peuvent être bien faites qu'avec deux experts : telles les autopsies. Mais, pour la plupart, un seul expert est suffisant[2].

330. L'expert procédera à ses opérations, sans avoir à mettre les parties en demeure de les contrôler ou de les contredire par leur assistance. Le caractère non contradictoire de l'expertise,

§ LIX. [1] Je renvoie à trois circulaires successives de la Chancellerie : 1° La première est celle du 6 février 1867. Tout en protestant contre la facilité avec laquelle certains magistrats désignaient, « de prime abord et sans distinction, plusieurs experts », cette circulaire posait seulement, en principe, qu' « il suffit de désigner *un* expert dans les cas ordinaires, comme ceux de simples coups et blessures, et *deux* pour les autopsies et opérations qui ne peuvent pas se renouveler ». Je remarque, en effet, que toute autopsie médico-légale doit être faite par deux médecins dans les pays de langue allemande ; 2° La circulaire du 23 février 1887 sur les frais de justice allait plus avant dans cette direction. Elle recommandait aux magistrats de ne commettre qu'un expert unique. « Les affaires qui présentent des difficultés particulières d'examen, nécessitant la désignation de plusieurs médecins ou experts, sont relativement rares » ; 3° Enfin, la circulaire du 22 juillet 1906, prescrivant des économies en matière de frais de justice, rappelle, à cet égard, les instructions de la circulaire de 1887 : « Les magistrats perdent trop souvent de vue les instructions prescrivant de ne commettre qu'un seul expert ».

[2] Sauf la question, que nous examinons plus loin, de savoir si chaque partie ne devrait pas pouvoir choisir son expert sur une liste de capacités. C'est une des formes sous lesquelles se présente la question de l'expertise contradictoire.

Digitized by Google

dans la procédure préliminaire, est un trait qui lui est commun avec tous les autres actes de l'instruction[3]. Il n'est donc pas contestable. Mais, dans la procédure des débats, où tous les éléments de preuve sont soumis à la discussion contradictoire, dans leur source comme dans leur production, il semble que la jurisprudence aurait dû appliquer, à l'expertise criminelle, les règles du Code de procédure civile (art. 305), qui soumet ce mode de preuve au contrôle des parties intéressées. Elle ne l'a pas fait, et il est aujourd'hui, de pratique constante, que l'expert procède à toutes ses opérations, sans avoir à en aviser les parties. Ainsi, tandis que le procès-verbal de prestation de serment des experts, nommés en matière civile, indique les lieu, jour et heure de la première opération; qu'il est signifié aux parties qui ne seraient pas présentes; que, à la fin de chaque séance, les experts indiquent où et quand aura lieu la suivante; en un mot qu'en matière civile, les parties, qui ne sont pas présentes ou représentées, ne peuvent s'en prendre qu'à elles-mêmes de leur ignorance des opérations; aucune de ces règles n'est prescrite en matière criminelle[4]: les experts procèdent, seuls et sans contrôle, à toutes les opérations extérieures qui servent de base à leurs conclusions, autopsie, analyse chimique, visite de lieux, etc. Bien entendu, l'inculpé, le prévenu ou l'accusé a le droit de provoquer, à ses frais, une contre-expertise : mais le rapport du contre-expert, simple document de la cause, ne sera pas fait sous la

[3] Sauf l'interrogatoire et la confrontation, depuis la loi du 8 décembre 1897. Nous examinons, plus loin, la question de savoir si les ordonnances du juge d'instruction par lesquelles ce magistrat désigne un ou plusieurs experts doivent être immédiatement portées à la connaissance du conseil. Voy. sur cette question : Cass., 22 juin 1898 (S. 1901. 1. 153) et la note de M. Roux; 8 décembre 1895 (S. 1902. 1. 101); 5 janvier 1901 (S. 1902. 1. 103). Mais, quelle que soit l'opinion adoptée sur cette question, il est bien certain que le rapport d'expert, faisant partie des pièces du dossier, devra être communiqué, avec le dossier, au défenseur de l'inculpé, dans les conditions de la loi du 8 décembre 1897.

[4] Cass., 27 décembre 1879 (S. 81. 1. 487); 27 janvier 1887 (S. 87. 1. 188); 15 novembre 1894 (S. 95. 1. 55). Comp. Faustin Hélie, *op. cit.*, t. 4, nos 1891 et 1897, t. 6, n° 2621.

Digitized by Google

foi du serment, n'aura qu'une valeur purement officieuse, il ne pourra en être fait état qu'à titre de renseignement. De plus, le contre-expert sera obligé, presque toujours, de considérer comme exactes les opérations qui auront été faites par l'expert officiel, puisqu'il ne sera pas appelé à contrôler ces opérations. Son rôle se bornera à discuter, au point de vue scientifique, les conclusions qui auront été prises sur des faits qu'il ne connaîtra que par le rapport.

331. On s'est demandé s'il n'y avait pas un réel danger à confier à un seul expert ce pouvoir considérable de trancher, sans contrôle, les questions qui lui sont posées. Aujourd'hui, où la tendance est d'objectiver la preuve et de se fier à l'interprétation des faits plus qu'à la déposition des personnes, l'expertise est souvent, dans un procès criminel, le mode de preuve déterminant. Or, la fréquentation forcée des parquets, l'habitude de se trouver mêlé aux investigations des magistrats, influent, à l'insu de l'expert lui-même, sur son indépendance d'appréciation. Sa qualité d'auxiliaire de la justice se transforme assez facilement en la qualité d'auxiliaire de l'accusation. Nous répéterons donc, après tant d'autres : il n'y a de garantie pour l'accusé que dans l'*expertise contradictoire*.

La difficulté, en réalité, porte moins sur le principe de la réforme que sur son organisation. En effet, d'où pourrait résulter la contradiction? Par quel ensemble de règles faudrait-il protéger les intérêts des deux parties, l'accusateur et l'accusé? Bien des systèmes ont été proposés, ou même ont été essayés en France et à l'étranger. A vrai dire, aucun ne paraît absolument satisfaisant, et le problème de l'expertise contradictoire est un des plus embarrassants, un de ceux qui se prêtent aux solutions les plus divergentes.

La première idée qui vient à l'esprit, c'est un retour au système de l'ancienne procédure. Jadis, chaque partie nommait *son* expert[5]. En modernisant ce système, on pourrait,

[5] Les juges devaient choisir les experts, dans le système de l'ordonnance de 1670, « du gré et du consentement des parties, afin de leur ôter tout

Digitized by Google

soit faire nommer, par le magistrat instructeur ou le tribunal, deux experts, l'un proposé par le ministère public, l'autre, par l'inculpé, soit laisser à chaque partie le droit de désigner son expert, le rapport, dans tous les cas, devant être commun. Mais ce système a deux inconvénients graves qui nous rendent très sceptiques sur les résultats de la réforme : le premier, c'est que chaque expert, ayant en quelque sorte pour cliente l'une des parties, le ministère public et l'inculpé, serait porté à se préoccuper plus de la défense de ses droits que de la recherche de la vérité; le second, c'est qu'il y aurait presque toujours lieu à partage et, dès lors, à la nomination d'un tiers expert, laquelle entraînerait des retards et de nouveaux frais. Ce système ébranlerait donc, sans grande utilité, la *neutralité* de l'expertise. Confiez la même tâche à deux experts : si l'un ne devient pas la doublure de l'autre, il sera son adversaire : la discussion scientifique et technique tournera en lutte d'amour-propre où sombrera trop souvent l'impartialité de l'un et de l'autre. Il est vrai qu'on a proposé la création, dans chaque centre judiciaire important, d'un conseil suprême de médecine légale, chargé de départager les experts. Ce conseil, à peu près inutile pour les questions de fait qu'il serait hors d'état de trancher, offrirait, il est vrai, de réelles garanties, lorsque le désaccord porterait sur l'appréciation et la portée scientifique de telle ou telle constatation, mais ce rouage bien compliqué fonctionnerait aussi utilement pour contrôler un expert unique que pour contrôler deux experts[6].

sujet de défiance et de soupçon ». Comp. tit. V, art. 2 de l'ord. de 1670. Voy. Muyart de Vouglans, *Instr. cr.*, p. 141. Sur l'origine de cette règle : Genesteix, *L'expertise criminelle en France* (Th. de doct., Paris, 1900), p. 93.

[6] Le docteur Gübler répondait, à la proposition qui était faite au Congrès international de médecine légale de 1878, d'adopter trois experts en matière criminelle comme au civil : « C'est parce que la cause est plus grave, c'est « parce que l'intérêt est majeur que, pour ma part, je ne voudrais pas trois « experts. Si je ne tenais pas compte des imperfections humaines et de la « faillibilité de chacun, je n'en voudrais qu'un seul, mais un seul choisi « parmi les hommes présentant le plus de garantie, et aussi compétent que

Digitized by Google

Une autre conception, plus pratique à mon sens, et plus acceptable, serait d'organiser la contradiction, seulement par la surveillance et le contrôle, en donnant au ministère public, au prévenu et à la partie civile, s'il y en a une, le droit d'assister ou de se faire représenter aux opérations extérieures de l'expertise, c'est-à-dire aux constatations. Ce sont ces opérations qui, bien ou mal exécutées, rendront un rapport exact ou inexact, les conclusions n'en étant que la conséquence. Un seul expert, si l'on veut, mais un expert d'une compétence indispensable et un expert surveillé et contrôlé. Cette garantie serait complétée, par l'autorisation donnée aux parties de soumettre les opérations et les conclusions de l'expertise au contrôle d'une sorte de juridiction scientifique supérieure exercée par des commissions spéciales, des corps savants, qui, à raison de leur haute compétence, émettraient un avis définitif et sans appel. C'est le système qui fonctionne dans certains cantons de la Suisse, et en Allemagne, où on l'appelle le surarbitrage.

332. Par cela même que les magistrats instructeurs et les tribunaux sont autorisés et même invités à ne nommer qu'un expert unique, ils doivent s'adresser à celui qui se recommandera par sa fermeté, son mérite, son intégrité et surtout son expérience personnelle. Aussi, est-il indispensable de désigner, par une sélection rigoureuse, les personnes qui seront ordinairement chargées de la mission d'expert et qui acquerront ainsi une compétence spéciale. Une circulaire de la Chancellerie du 30 septembre 1826, rappelée dans une circulaire du 16

« possible. En voici les motifs : c'est que plus vous augmentez le nombre « des hommes appelés à donner leur avis, plus vous diminuez la responsa- « bilité de chacun, alors que, au contraire, la responsabilité pèse de tout « son poids sur la tête de celui qui vient affirmer ou nier, par exemple, « l'existence d'un empoisonnement. C'est pour cela que je voudrais qu'il fût « *seul* et que lui seul en portât la responsabilité ». A l'inverse, le docteur Lacassagne (*Les médecins experts et les erreurs judiciaires, Rev. scient.*, 1897, p. 10), pense qu'il est « de toute nécessité de désigner, pour les grosses affaires criminelles, deux experts ».

Digitized by Google

août 1842, prescrit de choisir, dans chaque cour ou tribunal, et à l'avance, les hommes les plus expérimentés et d'en dresser une liste. On généralise ainsi la disposition d'un édit de février 1692 qui exigeait qu'il y eût, dans toutes les villes, des chirurgiens-jurés, chargés, à l'exclusion de tous autres, de faire les rapports et « visitations ». L'art. 68 du projet de loi sur la réforme du Code d'instruction criminelle, aurait rendu s'il avait été adopté, cette pratique obligatoire[7]. Il disposait en effet, en ces termes : « La liste des experts qui exercent « devant les tribunaux est dressée chaque année, pour l'an- « née courante, par les cours d'appel, sur l'avis des facultés, « des tribunaux civils et des tribunaux et chambres de com- « merce ». Un premier pas, dans cette voie, et le plus important, a été fait par un décret du 21 novembre 1893, rendu en exécution de l'article 14 de la loi du 30 novembre 1892, qui a prescrit l'établissement, dans chaque ressort de cour d'appel, d'une liste annuelle de médecins experts, auxquels seuls dorénavant pourront être confiées les expertises médico-légales. Toutefois, l'article 13 de ce décret réserve les cas prévus aux articles 43 et 44 du Code d'instruction criminelle, c'est-à-dire les expertises ordonnées en cas de flagrant délit ou d'urgence par le procureur de la République[8].

Malgré la confection de ce tableau des experts agréés, les magistrats sont libres, en principe, de désigner, comme experts, des personnes qui n'y figurent pas. Et il en sera toujours ainsi, cette sélection officielle fût-elle prescrite par la loi. C'est que, en effet, la liste des experts sera imparfaite et incomplète dans nombre de tribunaux : les analyses chimiques, par exemple, dont la nécessité est si fréquente, ne pourront être faites, en général, que par un spécialiste de Paris ou d'un grand centre. Dans certaines affaires, un praticien ou un amateur sera plus utilement consulté qu'un savant ou un professeur. D'où il suit, qu'aucune règle ne peut limiter, à

[7] Voy. *Bull. de la soc. de légis., etc.*, 1886, p. 602.

[8] Le décret du 21 nov. 1893 est analysé et commenté dans un article de Coutagne, *Les médecins experts devant les tribunaux* (*Archiv. d'anthrop. crim.*, t. 9, p. 90 à 101).

Digitized by Google

l'avance, le choix des tribunaux et que toute liste, quelque officielle qu'elle soit, n'est destinée, dans la pensée de ceux qui l'arrêtent, qu'à donner des indications. Nous venons de voir cependant que le décret du 21 novembre 1893 fait exception à cette liberté du choix.

§ LX. — DROITS ET DEVOIRS DES EXPERTS.

333. Du serment des experts. Sa formule. Elle n'est pas sacramentelle, à la différence de la formule du serment des témoins et des jurés. — **334.** La prestation de serment et sa constatation régulière sont des conditions de validité de toute expertise. Ni les magistrats ni les parties ne peuvent dispenser l'expert du serment prescrit par la loi. — **335.** Le serment doit être prêté avant le commencement des opérations et il s'étend à toutes les opérations que l'expert peut avoir à reproduire et à ajouter pendant tout le cours de l'affaire. — **336.** Le serment ne garantit que les opérations faites dans la phase de procédure pour laquelle l'expert a été commis. L'expert, appelé à l'audience, pour rendre compte de ses opérations ou de ses conclusions, prête le serment de témoin. — **337.** Le président de la cour d'assises qui commet un expert, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, ne peut le dispenser du serment en tant qu'il procède comme expert. — **338.** Questions accessoires sur les droits et devoirs des experts. — **339.** Refus de concours de l'expert. Sanction générale. Sanction spéciale instituée pour le refus des médecins par l'art. 23 de la loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine. — **340.** Honoraires des experts. Tarif. Décret du 21 novembre 1893 en ce qui concerne les médecins.

333. Dès qu'il a été nommé, l'expert doit prêter, devant les magistrats qui l'ont commis, le serment de « faire son « rapport et de donner, son avis en son honneur et conscience ». Ce sont les termes de l'article 44 du Code d'instruction criminelle, relatif à la procédure d'instruction préparatoire; et, que, à défaut de toute autre disposition, on étend à la procédure de jugement. De cette circonstance et de la manière dont l'article 44 est rédigé, la jurisprudence a conclu que la formule du serment de l'expert n'est pas sacramentelle et que le changement de quelqu'un de ses termes, pourvu que l'idée soit rendue par équivalent, n'emporte pas nullité[1]. Cette décision raisonnable semblerait devoir s'appliquer à tout serment prêté en justice; mais une distinction, que les termes de

§ LX. [1] Voy. *suprà*, n° 318, p. 594.

Digitized by Google

la loi expliquent seuls, est faite, à ce point de vue, entre le serment sacramentel des témoins et des jurés et le serment plus libre des experts [2].

334. La prestation de serment et la constatation régulière de cette formalité sont des conditions essentielles de la sincérité et par suite de la validité de l'expertise[3]. Toute décision judiciaire qui fait état d'une expertise, alors que l'expert n'a pas prêté serment ou que la prestation de serment n'est pas régulièrement constatée, ce qui revient au même[4], est d'une nullité absolue. Ni les magistrats ni les parties elles-mêmes ne peuvent dispenser l'expert du serment prescrit par la loi. La jurisprudence a souvent décidé qu'une cour d'assises, pas plus qu'un tribunal correctionnel ou un tribunal de police, n'était en droit d'ordonner qu'un expert serait entendu sans prestation de serment, à titre de simple renseignement[5]. De même, par de nombreux arrêts, elle a déclaré que la dispense du serment par les parties, facultative en matière civile, était inopérante en matière criminelle[6].

[2] On se reportera au n° 318, p. 594, notes 8 et 9.

[3] C'était déjà la règle posée par l'ordonnance de 1670 (tit. V, art. 2). C'est toujours la règle pratique. Voy. Cass., 13 juin 1835 (*B. cr.*, n° 238); 17 septembre 1840 (*B. cr.*, n° 275).

[4] Il est de règle que toutes les formalités à accomplir dans l'instruction ou aux débats, sont réputées n'avoir pas été accomplies, lorsqu'elles n'ont pas été constatées par le procès-verbal.

[5] Cass., 28 déc. 1893 (*B. cr.*, n° 180). Mais un rapport d'expert, nul à raison de l'absence de prestation de serment, peut être remis aux jurés, après la clôture des débats, et ce, en vertu de l'article 341 du Code d'instruction criminelle modifié par la loi du 9 juin 1853. C'est seulement, déclarent les arrêts, à titre de renseignements, que les pièces sont remises au juré, dont la conviction doit se former essentiellement d'après le débat oral qui a eu lieu devant eux; il suffit, ajoutent-ils, pour la garantie de l'accusé, que cette remise ne porte que sur des pièces faisant partie du dossier, dont le conseil a eu la libre communication et qui ont ainsi été soumises à la discussion des débats. Voy. Cass., 16 janvier 1836 (*B. cr.*, n. 15); 23 septembre 1836 (D. 38. 1. 419); 10 janvier 1850 (*B. cr.*, n° 7); 25 mars 1886 (*B. cr.*, n° 125).

[6] Une décision, assez ancienne, a fait l'application de cette règle dans des

Digitized by Google

335. Le serment étant la seule *garantie légale* de la sincérité de l'expertise, il en résulte : 1° que le serment doit être prêté avant le commencement des opérations de l'expertise; 2° mais que, prêté à ce moment-là, le serment s'étend à toutes les opérations que l'expert peut avoir à reproduire et à ajouter pendant tout le cours de l'affaire.

1. La première proposition est le corollaire même du caractère de l'expertise. Le serment de l'expert est une formalité substantielle de ce procédé d'instruction. L'expert est averti, par la formule du serment, qu'on ne lui demande pas une

circonstances intéressantes. Il s'agissait de blessures par imprudence : l'expertise ordonnée était étrangère à la constatation du délit, et, dans l'instance d'appel où elle était intervenue, elle n'avait pour objet que les intérêts pécuniaires des parties en cause. Les experts, nommés par la cour, avaient conclu, comme l'avaient fait les premiers juges sans expertise, a une incapacité de travail de cinq mois. La cour d'appel, sans faire aucune mention de cette expertise nulle, mais, il est vrai, sans l'exclure formellement, avait simplement adopté, dans son arrêt, les motifs des premiers juges. La Cour de cassation, le 26 juin 1863 (*B. cr.*, n° 160), cassa l'arrêt, déclarant que, puisque l'expertise faite sur l'appel avait justifié l'appréciation des premiers juges, l'arrêt, pour confirmer le jugement, s'était nécessairement appuyé sur l'expertise : « Attendu que, bien que le débat sur l'appel « paraisse être restreint à cette question, l'instance engagée par l'exer- « cice de l'action publique, à laquelle l'action civile est ultérieurement « venue s'adjoindre, n'en était pas moins une instance ouverte devant la « juridiction correctionnelle, l'action civile présupposant l'existence d'un « délit; que, dès lors, la procédure suivie était régie par les formes propres « à la juridiction répressive; qu'une distinction essentielle est à faire entre « ces formes elles-mêmes et l'action qui s'y encadre; que si, relativement à « l'action, la partie civile qui l'a formée peut s'en désister, parce que cette « action n'intéresse qu'un droit dont elle a la libre disposition, il n'en « est pas de même des formes établies par la loi dans un intérêt géné- « ral d'ordre public, et comme garantie d'une justice régulière; — Qu'il « n'est pas loisible aux parties de renoncer à ces formes essentielles de la « juridiction légalement saisie, pour emprunter celles d'une juridiction dif- « férente; qu'une telle manière de procéder, en transportant dans les « matières correctionnelles des règles ou pratiques admises dans les affaires « civiles, détruit toute l'homogénéité des règles et principes de la procédure « criminelle; — Qu'il suit de ce qui précède, que le consentement des par- « ties ne saurait justifier la dispense du serment des experts, prononcée par « l'arrêt » ...

Digitized by Google

simple consultation, mais une déclaration qui doit être l'expression « de son honneur et de sa conscience ». Il faut donc qu'il ne procède à aucune des opérations d'où vont dépendre ses conclusions, avant d'avoir prêté le serment qui le constitue dans ses droits et dans ses pouvoirs.

II. La seconde proposition résulte de la formule même du serment, formule générale, qui ne porte pas sur l'opération et la déclaration immédiates, mais sur toutes celles que l'expert peut avoir à reproduire ou à ajouter au cours de l'affaire. L'expert qui a déjà opéré en vertu d'un serment et qui fait, dans la même affaire, de nouvelles visites ou de nouveaux rapports, n'a pas besoin, en principe, de prêter serment de nouveau avant de commencer chacune de ses opérations [7]. Peu importe que, commis, une première fois, par le juge d'instruction, il soit commis, une seconde fois, par le conseiller chargé d'un supplément d'instruction en vertu de l'article 236 du Code d'instruction criminelle.

336. Mais il ne faut pas étendre la vertu du serment au delà de la phase de procédure pour laquelle l'expert a été commis. Deux règles corrélatives viennent limiter sa portée et son étendue. Qu'il soit nommé dans l'*instruction* par les magistrats qui ont le droit de le commettre, ou qu'il soit nommé *au cours des débats* par les tribunaux correctionnels ou de police, ou par les cours d'assises, l'expert n'a qualité, pour procéder à ses opérations, qu'en vertu du serment d'expert préalablement prêté dans chacune de ces deux phases de la procédure [8]. Mais, appelé à l'audience pour rendre

[7] Jurisprudence constante. Voy. notamment : Cass., 4 sept. 1840 (*B. cr.*, n° 361); 2 juillet 1846 (*B. cr.*, n° 363); 20 janvier 1893 (D. 95. 1. 213) et la note sous ce dernier arrêt : *Sic*, Faustin Hélie, *Instr. cr.*, t. 4, n° 1896.

[8] En conséquence, si un expert, déja commis lors de l'instruction, est appelé à l'audience pour faire une nouvelle expertise, il devra prêter derechef le serment prescrit par l'art. 44. Peu importe que l'expert désigné ait déjà prêté le serment de témoin prescrit par l'art. 317 (Voy. Cass., 17 janv. 1851, *B. cr.*, n° 27; 30 janv. 1855, *B. cr.*, n° 237). De sorte que si un témoin se trouve chargé d'une expertise à l'audience, il devra prêter les deux serments, en sa double qualité de témoin et d'expert.

Digitized by Google

compte des opérations auxquelles il a procédé, l'expert est un véritable témoin, venant affirmer, devant la justice, les faits qu'il a constatés et les appréciations qu'il en a déduites, et, bien qu'il continue à déposer sous la foi de son premier serment, il doit, à peine de nullité, rendre compte de ses opérations et de leurs résultats, sous la garantie d'un nouveau serment, celui que prêtent les témoins [9]. Et la jurisprudence admet que ce serment est suffisant, sans adjonction du serment spécial des experts, lorsque les explications et développements donnés en addition au rapport, ainsi que les interpellations qui les amènent, ont trait à l'objet de l'expertise dont il est rendu compte à l'audience, ou encore lorsqu'il s'agit de détails secondaires, d'opérations ne constituant pas une expertise proprement dite, mais des explications, des renseignements d'ordre scientifique et technique.

337. Le président de la cour d'assises puise, dans son pouvoir discrétionnaire, le droit d'ordonner une expertise. Lorsque l'expert, ainsi nommé, rend compte de ses opérations à l'audience, il ne prête pas le serment du témoin et n'est entendu qu'à titre de renseignement. Mais doit-il, même nommé par le président, prêter, avant le commencement de ses opérations, entre les mains de celui-ci, le serment de l'expert? Le président de la cour d'assises ne saurait, pas plus que tout autre magistrat, dispenser du serment l'expert qu'il commet. Sans doute, l'expertise, ainsi ordonnée, n'a que la valeur d'un renseignement; mais il n'en résulte pas que le président ait, à l'égard de la mesure qu'il ordonne, un pouvoir que n'ont ni le juge d'instruction, ni le procureur de la République, ni les tribunaux de répression [10]. La sincérité de

[9] Jurisprudence constante. Cass., 8 janv. 1846 (*B. cr.*, n° 12); 5 nov. 1846 (*B. cr.*, n° 285); 26 juin 1884 (*B. cr.*, n° 282); 27 janv. 1887 (S. 87. 1. 188 : D. 89. 1. 219). D'après le Code autrichien, les experts, déjà assermentés comme tels, doivent seulement être rappelés à la sainteté du serment qu'ils ont prêté comme expert (C. proc. crim. autrichien, § 247).

[10] Après avoir tout d'abord admis ce droit de dispense, une jurisprudence plus récente exige que l'expert prête serment, quand le président ne se con-

Digitized by Google

l'expertise, dans la procédure criminelle, a ce caractère essentiel d'être uniquement garantie par la nécessité du serment préalable. Or, il n'y a pas deux catégories d'experts, comme il y a deux catégories de témoins : les experts *officieux* et les experts *officiels*. Tout expert, régulièrement commis par l'autorité compétente, procède à ses opérations au même titre et en la même qualité : tout expert doit donc prêter serment, sans qu'il puisse être dispensé de l'accomplissement de ce rite, préalable à son entrée en fonctions.

338. L'examen de deux questions accessoires complète la théorie des devoirs et des droits des experts commis par la justice.

339. Le ministère d'expert, qui est facultatif en matière civile, tout expert désigné pouvant se récuser, ne devrait-il pas être obligatoire en matière criminelle, à raison de la gravité des questions à résoudre et de l'intérêt public qu'elles présentent ? Quelques tribunaux ont appliqué à l'expert l'article 80 du Code d'instruction criminelle, relatif au refus de témoigner, en établissant ainsi, entre lui et le témoin, une assimilation qui n'est ni dans la loi ni dans la nature des choses [11]. L'ancienne jurisprudence était fort sévère pour les médecins ou chirurgiens qui désobéissaient à l'ordre du juge, en refusant leur ministère : ils pouvaient même être déchus de leur titre. La plupart des Codes étrangers portent que l'expert est tenu d'accepter la mission qui lui est confiée et punissent toute abstention de sa part d'une amende élevée et, même, dans certains cas, d'une peine de prison. Quelques-uns, mais seulement en cas de récidive, le frappent d'une

tente pas des explications données à l'audience par l'expert déjà assermenté pendant l'instruction préparatoire, et ordonne, en réalité, une nouvelle expertise. Voy. Cass. crim., 13 février 1878 (D. 79. 5. 379); 14 juin 1883 (D. 84. 1. 48).

[11] Mais si, après avoir accepté sa mission, l'expert refuse de venir à l'audience déposer sur les constatations qu'il a faites personnellement, il est évident qu'il encourt les peines qui atteignent les témoins récalcitrants.

Digitized by Google

suspension temporaire de l'exercice de son art [12]. En France, la Cour de cassation, en décidant que l'expert commis est, au moins dans certains cas, astreint à prêter son assistance, trouve la sanction de cette obligation dans l'article 475, § 12, du Code pénal [13]. Seront punis, dit ce texte, d'une amende

[12] Voy. Code de proc. pén. allemand, §§ 75, 76 et 77 ; Code de procédure pénale de Neuchâtel de 1893 (V. l'étude de Leloir, dans *Ann. de législ. étrang.*, 1893, p. 545) ; Code de procédure criminelle autrichien, § 119 ; Code de procédure criminel espagnol, art. 420 et 423.

[13] La Cour de cassation, par un arrêt du 6 août 1836 (*Bull. crim.*, n° 267), a appliqué cet article aux experts requis, en cas de flagrant délit, par les officiers auxiliaires du procureur, en vertu des articles 43 et 50 du Code d'instruction criminelle. Il ne suffit pas à ces personnes, pour échapper à la condamnation, d'alléguer qu'elles n'ont pas pu y obéir, elles doivent justifier de ce fait devant le tribunal, saisi de la prévention. Mais il faut ne pas étendre cet article en dehors des cas qu'il prévoit, c'est-à-dire en cas d'*urgence* et cas de *flagrant délit*. — Au premier point de vue, la Cour de cassation a décidé, par arrêt du 18 mai 1855 (*Bull. crim.*, n° 778), que cette disposition ne s'appliquait, en matière d'*accident*, que dans les circonstances prévues au texte et qui ont pour caractère l'extrême urgence des constatations. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un médecin qui, requis par un commissaire de police, de venir constater le décès d'un individu qui avait été tué par la chute d'un ballot de marchandises, avait refusé d'obtempérer à cette réquisition, et qui, poursuivi pour ce fait, avait été relaxé. « Attendu, déclare la Cour de cassation pour rejeter le pourvoi, que la signification légale du mot *accident* qui se trouve dans l'article 475, n° 12 du Code pénal, est limitée par les autres événements qu'il dénomme, et que le refus d'obéir à la réquisition faite à l'occasion de ces accidents, ne peut dès lors entraîner l'application de la peine édictée contre les personnes qui n'étaient pas dans l'impossibilité absolue d'y obtempérer incontinent, que dans le cas où ils étaient, comme les tumultes, naufrages et autres événements y spécifiés, susceptibles de compromettre la paix ou la sécurité publiques, si les travaux ou le secours requis n'étaient pas immédiatement effectués ou prêtés... ». — Au second point de vue, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser ce qu'il faut entendre par « flagrant délit », dans l'affaire dite des « médecins de Rodez », qui a soulevé tant de discussions et de polémiques et a motivé l'article 23 de la loi du 30 nov. 1892. Voy. Cass., 15 mars 1890 (S. 91. 1. 45 ; D. 92. 5. 540). La Cour de cassation décide que les réquisitions adressées, conformément à l'article 44 du Code d'instruction criminelle, par le procureur de la République, à des médecins, à fin de l'accompagner pour constater les causes de la mort d'un individu, présumé assassiné, et les réquisitions réitérées trois jours après, sont réellement faites en cas de flagrant délit, et, par suite, le

Digitized by Google

de 6 à 10 francs, « ceux qui le pouvant, auront refusé ou « négligé de faire les travaux, le service, ou de prêter le « secours dont ils auront été requis, dans les circonstances « d'accidents, tumultes, naufrage, inondation, incendie ou « autres calamités, ainsi que dans les cas de brigandages, « pillages, flagrant délit, clameur publique ou exécution « judiciaire ». Mais c'est là une bien faible sanction; de plus, l'article 475 du Code pénal, supposant l'urgence, n'est susceptible de recevoir son application que dans l'instruction préparatoire, là où il est à craindre que les traces d'un crime récent ne viennent à disparaître.

Quelques bons esprits ont même pensé que le texte n'avait d'autre portée que d'exiger, de toute personne requise, une intervention matérielle, une coopération purement physique, essentiellement différente du concours demandé à l'expert : « Il serait, concluent-ils, absurde et essentiellement ridicule de contraindre, par une pénalité, un jurisconsulte à examiner un point de droit, un médecin à faire une autopsie[14] ». Mais pourquoi l'article 475, § 12, n'embrasserait-il pas tous les genres de concours, quelle que fût leur nature? En demandant à quelqu'un un concours qu'il peut prêter, dans les circonstances urgentes dont il est question, l'autorité compétente doit trouver la coopération que la solidarité ou la nécessité sociale fait un devoir de lui donner. En cas de flagrant délit notamment, il y aura donc, pour l'expert régulièrement désigné, l'obligation légale de mettre, au service de la justice, ses connaissances spéciales.

La question a été tranchée pour les médecins, par l'article 23 de la loi du 30 novembre 1892, sur l'exercice de la médecine, aux termes duquel : « Tout docteur en médecine est tenu de déférer aux réquisitions de la justice » sous

refus de satisfaire à ces réquisitions justifie l'application de l'article 475, n° 12 du Code pénal. Comp. Pons-Devier, *Du refus des médecins d'obtempérer à une réquisition régulière de l'autorité judiciaire* (*La France jud.*, t. 15, 1890, p. 85 et suiv., p. 97 et suiv.).

[14] Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. 6, p. 422; Legrand du Saulle, *Jurisprudence médicale*, chap. I.

Digitized by Google

peine d'une amende de 25 à 100 francs. Cette disposition met fin aux difficultés qui se sont produites sur le point de savoir si le ministère des docteurs en médecine est obligatoire vis-à-vis de l'autorité [15]. La question reste entière pour les experts d'une autre catégorie.

340. Si l'expert a des devoirs, il a aussi des droits : on ne saurait exiger de lui un concours désintéressé. Certaines catégories d'experts, et spécialement les médecins, ne reçoivent que des honoraires et indemnités dérisoires. Les sommes qui leur sont allouées par le décret du 18 juin 1811 sont devenues absolument insuffisantes. Leurs réclamations, dont on ne saurait méconnaître la justesse, ont amené le législateur, dans l'article 14 de la loi du 30 novembre 1892, sur l'exercice de la médecine, à promettre une révision des tarifs du décret de 1811, en ce qui touche les honoraires et indemnités à allouer aux médecins. Cette réforme a été opérée par le décret du 11 novembre 1893, dont on trouve, à ce point de vue, le commentaire dans une circulaire ministérielle du 31 juillet 1894 [16]. Les autres experts sont toujours réglés sur le pied du tarif criminel qui remonte à 1811.

§ LXI. — DU RAPPORT D'EXPERT.

341. Le rapport d'expert comprend deux séries d'opérations dont il doit être rendu compte : les constatations, les conclusions. — **342.** Le rapport n'a pas lieu néces-

[15] L'article 23 de la loi du 30 novembre 1892 est le résultat d'un amendement de M. Grousset, pris en considération par la Chambre, malgré la résistance de la commission et du Gouvernement. Et il résulte bien des travaux préparatoires que ce n'est plus seulement en cas de flagrant délit que le médecin est tenu d'obéir : il y est tenu dans toutes les circonstances où il sera requis par l'autorité judiciaire. Bien que l'article 23 ne reproduise pas l'expression de l'article 475, n° 12 : « ceux qui *le pouvant* auront refusé », les médecins ont le droit de faire valoir certains empêchements qui seront souverainement appréciés par les tribunaux correctionnels saisis de la poursuite.

[16] Voy. notamment sur ce point : H. Coutagne, *Précis de médecine judiciaire* (1896, Lyon et Paris), p. 17 à 22; Lacassagne, *Précis de médecine légale*, p. 97 à 101.

Digitized by Google

sairement par écrit. Distinction qu'il faut faire. — **343**. Aucune règle générale n'est prescrite pour la rédaction du rapport. Mais cadre pratique. Préambule. Commémoratif. Description. Discussion. Conclusions. — **344**. Conseils sur la forme de rédaction. — **345**. Les législations étrangères tracent quelques règles générales sur la conduite des opérations et la rédaction du rapport.

341. Toute expertise comprend deux séries d'opérations, nettement séparées, et dont l'analyse résulte de l'objet même de ce procédé d'instruction.

Dans la première, l'expert vérifie les faits, les circonstances matérielles qu'il est appelé à constater. Il a le rôle d'un *témoin*, qui sait voir, entendre et toucher. La conduite exclusive des constatations matérielles lui appartient : l'expert est plus apte que tout autre, étant donné le problème à résoudre, à décider quelles sont les opérations qu'il faut faire, quelles sont celles qu'il faut négliger. Néanmoins, le rôle du juge, dans cette phase, est, sinon de diriger, du moins de surveiller l'expert, en appelant son attention sur les points qui intéressent le procès. Libre d'ordonner ou non l'expertise, le juge est libre de décider s'il doit ou non y assister[1]. Tous les moyens d'instruction, scientifiques et autres, de nature à aider l'expert dans les opérations matérielles, sont à sa disposition. C'est à lui qu'il appartient de les utiliser. Notamment, si l'expert ne peut pas se livrer à de véritables enquêtes, dans le sens légal du mot, il peut cependant, sans sortir de son rôle et de son mandat, recueillir, de toutes personnes, tous renseignements propres à l'éclairer sur les points qui lui sont soumis[2]. La seule limite qui lui soit imposée résulte des termes mêmes de sa mission. C'est ainsi que, dans les expertises de comptabilité, qui sont les plus longues et les plus compliquées, il est recommandé aux magistrats, par les circulaires de la Chancellerie, de fixer l'époque au delà de laquelle l'expert ne devra pas remonter et même la nature du délit qu'il devra rechercher.

§ LXI. [1] Aucune disposition réglementaire n'oblige le magistrat qui a ordonné cette mesure d'instruction à y assister. La législation allemande lui fait un devoir d'assister aux autopsies (art. 1, 10 et 27 du *Règlement des autopsies*).

[2] Cass., 15 mars 1845 (*B. cr.*, n° 102).

Digitized by Google

Dans la seconde phase, l'expert change de rôle : il était un *témoin*, il devient un *juge*. Il a constaté, maintenant il conclut. Son travail est toujours personnel, et aucune intervention du magistrat ne doit se produire pour aiguiller ses conclusions dans telle ou telle direction. L'expert reste le maître absolu de ses convictions : aucune pression ne saurait être légitimement exercée sur lui. Si sa conscience scientifique se refuse à donner une réponse ferme à une question posée, il faut se garder de le solliciter à prendre parti.

342. Les experts rédigent ordinairement un *rapport* sur l'ensemble de leurs opérations et des conséquences qu'ils en déduisent. Tandis que l'article 317 du Code de procédure civile veut que le rapport des experts soit *écrit*, aucun texte du Code d'instruction ne rappelle cette exigence. On doit même conclure des termes de l'article 44 : « Les experts prêteront le serment de *faire leur rapport* et de *donner leur avis* », que le législateur a entendu laisser, au magistrat qui commet un expert, le choix entre la *forme orale* et la *forme écrite*.

A cet égard, du reste, des distinctions s'imposent. 1° Nommé dans l'instruction, l'expert sera presque toujours tenu de rédiger un procès-verbal de ses opérations. Si plusieurs experts ont été désignés, ils déposeront, au greffe, un rapport commun, s'ils s'entendent; autant de rapports que d'opinions, s'ils ne s'entendent pas. Il est des cas cependant, même dans l'instruction préparatoire, où la rédaction du rapport par écrit sera matériellement impossible. C'est un homme, plus ou moins illettré, un ouvrier maçon ou serrurier, qui a été commis : dans ces circonstances, le magistrat fera comparaître devant lui l'expert qu'il aura désigné, l'entendra, et consignera ses observations sur son procès-verbal, que celui-ci signera, si c'est possible, après lecture. 2° Nommé dans la procédure de jugement, si c'est par les tribunaux correctionnels ou de police, l'expert aura, presque toujours, à rédiger un rapport écrit, qui sera versé aux débats, et fera l'objet d'une discussion contradictoire comme tout autre élément de preuve. Nommé par la cour d'assises, ou, en cour d'assises, par le pré-

Digitized by Google

sident, l'expert se bornera, la plupart du temps, si l'affaire n'est pas renvoyée à une autre session, à rapporter, à l'audience, le résultat de ses opérations et à donner oralement son opinion. Les débats étant continus devant cette juridiction, il devra être immédiatement procédé à l'expertise, sans qu'un rapport écrit puisse en être dressé. 3° Que l'expert ait ou non déposé un rapport, il est appelé et entendu, à l'audience, sous la foi du serment des témoins, en vertu même du principe de l'oralité des débats et de la preuve. Là, il dit ce qu'il a constaté et énonce son opinion. Il peut être appelé à fournir des explications complémentaires, en réponse aux questions que lui poserait le président, soit d'office, soit sur la demande des parties. Si plusieurs experts ont été désignés, leurs rapports oraux doivent être faits séparément. Mais rien ne s'oppose à ce que le président les mette, ainsi que des témoins, en présence les uns des autres, pour expliquer ou contrôler leurs constatations ou leurs conclusions. Cette « affrontation » des experts est fréquente en pratique.

343. Aucun plan général n'est prescrit pour la rédaction du rapport et des constatations qu'il doit contenir. Mais la pratique a su tracer une sorte de cadre naturel dans lequel toute expertise peut et doit être renfermée. Cinq parties composent le rapport : le *préambule,* le *commémoratif,* la *description* des faits, la *discussion,* les *conclusions.*

I. Le *préambule* renferme toutes les formalités : il est le même pour tous les rapports. Cette partie comprend : 1° nom, prénoms, qualité de l'expert; 2° indication de l'autorité requérante (juge d'instruction, procureur de la République, etc.); 3° date de la réquisition; 4° mention de la prestation de serment; 5° date, jour, heure, lieu de l'opération ou des opérations; 6° nature de l'expertise. Il faut reproduire, ici, *textuellement* les questions posées par l'autorité requérante; 7° noms et qualités des personnes présentes, et notamment ceux des magistrats qui ont assisté à l'opération ou aux opérations[3].

[3] Dans son *Précis de médecine légale,* le professeur Lacassagne donne deux modèles de préambule (p. 105).

Digitized by Google

II. Le *commémoratif* est l'historique, l'exposé des antécédents des faits[1].

III. La *description*, qu'on appelle aussi le *visum et repertum*, est la partie la plus importante du rapport. Elle renferme l'exposé des faits et circonstances qui doivent servir de base aux conclusions. C'est à cette place du rapport que l'expert a besoin de faire preuve de deux qualités essentielles : l'*exactitude* dans les constatations, l'*ordre* dans l'exposé.

IV. La *discussion* des faits n'est pas indispensable. Mais elle est presque toujours utile pour préparer les conclusions. C'est la partie critique où s'exerce la sagacité de l'expert.

V. Les *conclusions* sont les conséquences logiques qui découlent des faits observés, décrits et scientifiquement discutés par experts. Il faut répondre à toutes les questions posées par l'autorité requérante. Chaque conclusion a un numéro d'ordre : 1°, 2°, 3°, etc.

Autrefois, les rapports se terminaient par une phrase attestant que le rapport avait été fait « en âme et conscience et conformément aux principes de l'art ». Cette formule parasitaire a disparu de la plupart des rapports.

Le rapport est daté du jour où il est déposé. Cette date indique la durée des opérations.

En annexe au rapport, doivent figurer les pièces à conviction, dessins, photographies, etc., etc., qui ont été utilisées pour établir les conclusions.

344. La *forme de rédaction* du rapport a une grande importance, puisque le procès-verbal d'expertise doit être compris par les magistrats et les jurés et discuté par les parties, contradictoirement, à l'audience. L'expert s'inspirera, dans sa rédaction, de certains conseils qui sont de tradition.

I. La rapport sera, autant que possible, conçu et rédigé en

[1] Cette partie, qui ne figure pas dans tout rapport, est cependant très importante. Les experts ne sauraient trop se préoccuper des antécédents des faits sur lesquels ils ont à donner un avis. Ils en recueillent les éléments dans le dossier, ou dans les déclarations qui leur sont faites et qu'ils consignent.

Digitized by Google

langage ordinaire et parfaitement intelligible. Suivant le Conseil de Denisart, aux experts de son temps : « Il faut qu'ils « fassent attention qu'ils parlent à des juges qui, pour la plu- « part, ne connaisent pas les termes scientifiques..., et que, « par conséquent, un rapport conçu en ces termes est très « souvent une œuvre qui n'éclairerait pas des choses dont il « faut cependant que les magistrats soient instruits ». C'est surtout dans la formule des conclusions qu'il faut éviter toute expression trop technique.

II. Le rapport sera *complet*, c'est-à-dire contiendra le détail de tous les faits recueillis, de toutes les vérifications faites, de tout ce qui a été vu et observé, de façon à permettre à toute personne intéressée d'en contrôler, d'en discuter, d'en attaquer ou d'en défendre les conclusions[5].

III. Enfin le rapport devra être *motivé*, car l'avis des experts est une sorte de jugement. « Les experts, écrit « Jousse[6], doivent rendre raison de leur jugement et de ce « qu'ils déclarent dans leurs rapports, surtout si leur juge- « ment est fondé sur les principes de leurs connaissances et « sur les principes de leur art ».

345. Les législations étrangères tracent quelques règles générales sur la conduite des opérations et la rédaction du rapport[7]. Il en est ainsi en Allemagne[8], en Autriche[9], en

[5] « Les rapports, écrit Jousse (*op. cit.*, t. 1, p. 247) doivent être rédigés tant pour la charge de l'accusé que pour sa décharge, soit en constatant le fait, soit en estimant la cause qui y a donné lieu. Ainsi, dans l'un et l'autre cas, les experts ne doivent rien omettre de ce qui peut aller à la décharge de l'accusé ».

[6] Jousse, *op. cit.*, t. 2, p. 37.

[7] Voy. sur ce point : J. Drioux, *Étude sur les expertises médico-légales et l'instruction criminelle, d'après les projets de Code d'instruction criminelle et les législations étrangères* (*Bull. soc. de légis. comp.*, 1886, p. 485).

[8] Règlement pour l'Empire d'Allemagne du 13 février 1875. Ce règlement confirme, en les développant, les instructions déjà mises en vigueur, dans le royaume de Prusse, par une ordonnance du 15 novembre 1858. Le Code de procédure pénale indique aussi certaines données qui doivent être fournies par les experts (§§ 75 et suiv.).

[9] Code de procédure pénale autrichien de 1873 (§§ 124 et suiv.).

Digitized by Google

Italie[10], dans certains cantons de la Suisse[11]. L'autopsie a particulièrement donné lieu à des prescriptions réglementaires indiquant les questions auxquelles le procès-verbal doit répondre[12].

§ LXII. — DE LA FOI DUE A L'EXPERTISE.

346. L'expertise ne lie pas le juge. — **347.** Mais si, en droit, le juge est libre de décider contrairement à l'avis de l'expert, en fait, il se conformera le plus souvent à son opinion. Des règles qui conditionnent la valeur morale de l'expertise. — **348.** Contrôle des parties à l'audience. Liberté de discuter les constatations et les conclusions.

346. L'expertise ne lie pas les magistrats, encore moins les jurés. Au point de vue de la force probante, il n'y a aucune distinction à faire entre les *constatations* matérielles du rapport, et les *conclusions* qui en sont tirées. Les juges restent les appréciateurs souverains des *faits* comme des *résultats* de l'expertise : ils doivent se prononcer, sur tous les points qui ont été affirmés par l'expert, d'après leur *intime conviction*. Notre ancienne jurisprudence avait, depuis longtemps, dégagé ce caractère de l'expertise, et, dès la fin du XVI^e^ siècle, la Coutume de Paris réformée, édictait, dans son article 184 : « Doit

[10] Code de procédure pénale italien (art. 130, 131, 134, 135).

[11] Par exemple : Canton de Vaud, Loi du 5 déc. 1837 (art. 9 et 10); Canton de Bâle, Code de procédure pénale du 5 mai 1862 (§§ 44 et suiv.), Loi du 18 janvier 1864, etc.

[12] En Allemagne, l'autopsie ne peut être faite par un médecin seul. Les règlements veulent qu'on appelle un médecin et un chirurgien : le médecin qui observe, le chirurgien qui procède à l'autopsie. Le magistrat, dont la présence est exigée, veille à ce que les descriptions et les constatations soient faites avec soin. Le greffier écrit sous la dictée du médecin, tous les caractères des lésions, à mesure qu'on les découvre. Pour chaque organe, un certain nombre de caractères doivent être précisés. Cette législation a servi de type à celle de certains États. En France où nous n'avons pas de règlement sur les autopsies, le médecin ou les médecins qui en sont chargés, seraient bien négligents et bien imprudents s'ils ne se servaient pas de feuilles d'autopsie, contenant le cadre de leurs opérations, cadre qu'ils n'auront qu'à remplir. Voy. notamment : Lacassagne, ***Précis de médecine légale***, p. 325, 669.

Digitized by Google

être le rapport apporté en justice pour, en plaidant ou en jugeant, *y avoir tels égards que de raison* ». Le Code de procédure civile, dans l'article 323, a traduit cette idée, sous une forme plus nette encore, en disant: « Les juges ne sont point astreints à suivre l'avis des experts si leur conscience s'y oppose ». Le Code d'instruction criminelle n'avait pas à répéter cette règle. Dans la procédure répressive, la liberté de décision du juge est le corollaire direct du régime des preuves morales.

347. Mais si, au point de vue du droit, l'avis de l'expert ne juge pas le procès (*Dictum expertorum nunquam transit in rem judicatam*), en fait, c'est, presque toujours, l'avis de l'expert qui dicte le jugement. Comment le juge écarterait-il les conclusions d'un rapport qui, tant par la nature des constatations que par la compétence spéciale de celui qui les a faites, échappe à son examen et même à son contrôle? Donc, théoriquement, les juges sont maîtres de leur décision; pratiquement, ils sont déterminés par celle de l'expert [1]. C'est une raison de plus pour appeler leur attention sur les points suivants, d'où dépend évidemment la confiance légitime qu'ils doivent avoir dans l'expertise : 1° Les lois scientifiques, que l'expert a prises pour base de ses conclusions, sont-elles constantes ou sujettes à contestation? 2° Les déductions, à l'aide desquelles il établit son opinion, sont-elles conformes aux règles de la logique? 3° Y a-t-il concordance ou divergence entre les constatations des experts et les dépositions des témoins ou les aveux de l'accusé? 4° S'il y a plusieurs experts, y a-t-il, ou non, unanimité dans leur avis? 5° Dans quelle forme, l'expert motive-t-il son opinion? Affirme-t-il formellement? ou se contente-t-il de nier?

Tels sont les principes généraux qui guideront les juges et les jurés dans leur appréciation des résultats de l'expertise. Mais, pour les appliquer, il ne suffit pas que les experts soient

§ LXII. [1] Pussort disait, dans le *Procès-verbal des conférences tenues pour l'examen de l'ordonnance de 1667* : « L'expert est beaucoup plus juge que le juge lui-même ».

Digitized by Google

à la hauteur de leur mission, il faut encore, que les juges possèdent des clartés suffisantes pour déterminer l'exacte valeur des conclusions du rapport. On ne peut atteindre ce but qu'en rendant obligatoire, dans les Facultés de droit, l'assistance, sanctionnée par une note d'examen, à un cours de médecine légale. Certaines Facultés, grâce à des concours dévoués, sont entrées dans cette voie. Il serait désirable qu'il en fût partout ainsi et que cette branche d'enseignement, donnât lieu à une interrogation obligatoire, ou facultative tout au moins, dans un des examens de licence ou de doctorat.

348. Les parties exercent leur contrôle à l'audience, en discutant librement les opinions des gens de l'art, et en y opposant tous les renseignements qui seraient de nature à les combattre[4].

§ LXIII. — DES RÈGLES SPÉCIALES A CERTAINES EXPERTISES.

349. Les expertises portent sur des questions de tout genre. Mais il existe des expertises spéciales au point de vue des règles auxquelles elles sont soumises. — **350.** Des expertises médico-légales.— **351.** Du classement de ces expertises, quant à leur objet matériel et quant à la nature des questions posées. — **352.** Règles spéciales des expertises médico-légales, depuis la loi du 30 novembre 1892. Elles ne peuvent être confiées qu'à des docteurs en médecine français. Liste officielle d'experts médecins dressée annuellement par chaque cour d'appel. Refus d'obtempérer aux réquisitions. Tarif spécial.— **353.** Des expertises en écriture. Leur valeur relative. — **354.** La vérification des écritures ne forme pas l'objet d'un titre spécial dans le Code d'instruction criminelle. C'est donc, en principe, le droit commun qui s'applique. — **355.** Mais le Code d'instruction criminelle s'occupe de l'expertise en matière de faux. Distinction à faire entre l'expertise en écriture et l'expertise en matière de faux. — **356.** Certaines règles de l'expertise des pièces arguées de faux doivent, par analogie, être appliquées à l'expertise en écriture. Pièces de comparaison. Saisie et dépôt des pièces. — **357.** Falsification des produits destinés à l'alimentation de l'homme et des animaux, ainsi qu'au besoin de l'agriculture. Réglementation contradictoire du prélèvement d'échantillons et de l'analyse chimique. — **358.** Des fraudes en matière d'engrais. Origine de la loi du 4 février 1888. Décret du 10 mai 1889 prescrivant les procédés d'analyse à suivre pour la détermination des matières fertilisantes des engrais. Prise d'échantillons en trois exemplaires. Expertise. Contre-expertise. — **359.** Caractères spéciaux de l'instruction dans ce cas.— **360.**

[4] Cass., 1er mai 1896 (*Pand. franç.*, 97. 1. 112). Comp. Cour de Grenoble, 21 mars 1893 (D. 93. 2. 292).

Digitized by Google

L'expertise étant préjudicielle à la poursuite, double question qui se pose.—**361.** Des fraudes dans le commerce du beurre. Loi du 16 avril 1897 et décret du 9 novembre de la même année. Constitution de l'expertise.—**362.** Loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles. — **363.** L'expertise dans ce cas est double : expertise administrative, expertise judiciaire. — **364.** De la poursuite. L'intéressé renonce à contester l'expertise administrative. Il demande l'expertise contradictoire. — **365.** Valeur probatoire de l'expertise contradictoire dans ce cas.

349. Les expertises en matière criminelle peuvent porter sur des questions de tous genres : questions de médecine, de comptabilité, d'attribution d'écritures, de falsification, etc. Quelques-unes sont soumises à des règles spéciales, qu'il importe de détacher, en nous occupant successivement : 1° des expertises en matière médicale; 2° des expertises en écriture; 3° en matière d'engrais; 4° de beurre; 5° en matière de fraudes et falsifications concernant les boissons, les denrées alimentaires et les produits agricoles.

350. Le Code d'instruction criminelle fait mention explicite des expertises médicales[1] dans son article 44 qui est corroboré par l'article 81 du Code civil. Ce sont les plus importantes et les plus fréquentes en matière criminelle. Ces

§ LXIII. [1] Pour l'histoire de l'expertise dans l'ancienne procédure : J. Prévot, *Principes de la jurisprudence sur les rapports*, Paris, 1753; Locard, *La médecine judiciaire en France au XVIIe siècle* (Lyon, Th. doct. méd., 1902). Sur l'ensemble de la médecine légale, la bibliographie est innombrable et nous ne pouvons que citer les noms des principaux écrivains : Orfila, Devergié, Adelon, Tardieu, G. Tourdes, Brouardel, Legrand du Saulle, Pénard, etc. Voy. Coutagne, *Précis de médecine légale* (Lyon, 1896); Lacassagne, *Précis de médecine légale* (Paris, 1906). Sur les expertises médico-légales, au point de vue pratique : Coutagne, *Manuel des expertises médicales en matière criminelle* (Lyon, 1887); Lacassagne, *Vade-mecum du médecin expert* (Lyon et Paris, Storck et Masson). Sur la réforme des expertises médico-légales : Drioux, *Etude sur les expertises médico-légales et l'instruction criminelle d'après les projets du Code d'instruction criminelle et les législations étrangères* (*Bull. de la Soc. de législ. étr.*, 1886, p. 485); Brouardel, *De la réforme des expertises médico-légales* (Paris, 1884); Leredu, *La réforme des expertises médico-légales* (*Rev. pénit.*, 1899, p. 585); Pénard, *Vieilles redites à propos de la médecine légale et des experts* (Versailles, 1890); Leveillé, *De la réforme du Code d'instruction criminelle* (Paris, 1882).

Digitized by Google

expertises portent sur la constatation d'un fait et son explication au point de vue des connaissances médicales.

351. On peut les classer à deux points de vue, qui nous permettront d'indiquer les principaux cas dans lesquels elles interviennent.

I. Relativement à leur *objet matériel*, on les répartit sous cinq chefs principaux [2].

1° La justice fait souvent appel aux médecins ou chirurgiens à propos d'*individus vivants*. Il s'agit, par exemple, de déterminer l'état mental de l'inculpé, et sa responsabilité, d'examiner, soit un enfant qui aurait été victime d'un attentat à la pudeur, soit l'auteur de ce crime, d'indiquer la durée d'incapacité de travail que cause une blessure commise volontairement ou par imprudence, etc..

2° D'autres fois, l'expertise porte sur un *cadavre*. Il s'agit de procéder à une levée de corps ou à une autopsie pour déterminer les causes d'un décès suspect [3].

3° Ce sont des *taches* qu'il faut examiner, et, dans ces expertises, l'examen chimique est presque toujours le complément d'un premier examen médical. Ces taches se trouvent sur des vêtements, sur les instruments qui ont servi à commettre le crime, sur des meubles, sur le parquet de la chambre.

4° L'expertise peut aussi porter sur des *substances* ou *objets quelconques*. En matière de soupçon d'empoisonnement, par exemple, le magistrat instructeur saisit des drogues, des paquets de poudre qu'il soumet à l'analyse. Dans une affaire de blessures ou de meurtre, il faut dire si tel instrument, couteau, bâton, arme, etc., a servi à faire telle blessure.

[2] J'emprunte cette classification à Lacassagne, *Précis de médecine légale*, p. 95 et 96.

[3] L'autopsie médico-légale, qui est l'ensemble de toutes les constatations médico-judiciaires nécessitées par l'examen d'un cadavre, est, on peut l'affirmer, l'opération la plus importante et la plus délicate de l'expertise judiciaire. L'expert doit y procéder suivant des principes rigoureux qui ne laissent place à aucune omission : car, on l'a dit souvent, une autopsie mal faite ne se recommence pas. Aussi, l'autopsie doit être complète.

Digitized by Google

5° Enfin, et plus rarement, l'expertise porte sur des *animaux*. Il s'agit, par exemple, de savoir si telle lésion a pu être causée par tel animal.

II. Relativement à la nature des *questions* posées, les expertises médico-légales se réfèrent à un certain nombre de problèmes qu'on peut grouper sous sept chefs principaux.

1° La question d'*identité*. Les principales opérations de l'instruction criminelle tendant à réunir les preuves de l'individualité de l'auteur ou de la victime d'un délit, il n'est guère d'expertise médicale, dans laquelle la solution de ce problème ne puisse être posée, directement ou indirectement, et ne puisse être donnée par des voies souvent détournées. Mais la détermination de l'identité est directement sollicitée de l'expert dans deux cas principaux : soit lorsqu'il s'agit d'un cadavre entier, fragmenté ou altéré dans ses caractères par des lésions de diverse origine, soit lorsqu'il s'agit d'un vivant soupçonné. Les éléments du problème sont identiques dans tous les cas, et la détermination d'identité doit porter sur : le sexe, l'âge, les caractères ethniques, les caractères professionnels, les particularités individuelles, de nature anatomique, physiologique, pathologique.

2° La question de la *mort* et du *cadavre*. Il s'agira pour l'expert, au moyen de l'examen du corps et de l'autopsie, de déterminer, les causes judiciaires ou médicales et la date de la mort.

3° La question des *blessures* se présente à l'expert médical dans des conditions très variées : blessures, soit sur le cadavre, soit sur le vivant ; causes des blessures : homicides, suicides, accidents ; instrument des blessures, blessures par instruments tranchants, piquants, contondants, armes naturelles, armes à feu ; graves traumatismes, individuels et collectifs ; incapacité de travail ; maladies communiquées ; tortures et actes de barbarie, etc. ; asphyxies, accidents caractérisés essentiellement par une gêne portée jusqu'à l'abolition des fonctions respiratoires, etc.

4° La question des *empoisonnements*, c'est-à-dire les effets des substances qui peuvent donner la mort et de celles qui sont simplement nuisibles à la santé.

Digitized by Google

5° Les expertises médicales, auxquelles donnent lieu les *attentats aux mœurs*, « ont pour caractère commun de rechercher les preuves de rapprochements, normaux ou anormaux, tentés ou consommés, et de préciser les conditions physiques et mentales dans lesquelles ces actes ont été accomplis, soit du côté de l'inculpé, soit du côté de la victime[1]. » En effet, dans ce cas, l'expertise sera toujours *bilatérale*.

6° En cas d'*attentats aux produits de la conception*, c'est-à-dire en cas d'infanticide et d'avortement, les questions posées seront de même nature, quelle que soit l'époque du développement auquel est parvenu le produit de la gestation.

7° Les questions relatives à l'*état mental* se posent dans deux ordres de circonstances. Les expertises de cette espèce ont pour but, soit d'apprécier la responsabilité pénale d'un prévenu, soit de rechercher, chez les témoins, victimes ou non, entendus dans une instruction, la présence, ou bien transitoirement au moment de l'acte poursuivi, ou bien en permanence, de troubles mentaux, pouvant faciliter la perpétration de l'acte imputé, ou en vicier la preuve.

352. Les expertises médico-légales sont restées sans réglementation, jusqu'à la loi sur l'exercice de la médecine du 30 novembre 1892, qui constitue la charte de la profession médicale en France. Au point de vue spécial qui nous occupe, cette loi contient un certain nombre de règles, déjà indiquées, mais qu'il est utile de grouper ici.

1° Comme conséquence de la suppression des officiers de santé et des docteurs en chirurgie, « les fonctions de médecins experts près les tribunaux ne peuvent être remplies, aux

[1] Coutagne, *Manuel des expertises médicales*, p. 191. Cet auteur fait, du reste, observer que l'intervention médicale peut encore se produire à propos d'*outrage public à la pudeur*. « S'il s'agit parfois, dans ces cas, d'attentats accomplis, soit devant un tiers, soit dans des conditions encore plus publiques, cette qualification est plus généralement donnée à des exhibitions ou à des attouchements obscènes pratiqués par l'inculpé sur lui-même. Le médecin est alors appelé moins pour constater le fait matériel que pour en apprécier les motifs ».

Digitized by Google

termes de l'article 14, que par des docteurs en médecine français ». — *Des docteurs en médecine.* Le choix des magistrats pourrait-il se porter indifféremment, comme expert, sur un docteur ou sur un officier de santé? Deux textes contradictoires existaient à cet égard. L'article 27 de la loi du 13 ventôse an XI, réservait les fonctions d'experts, auprès des tribunaux, aux docteurs reçus suivant les formes qu'elle fixait. L'article 44 du Code d'instruction criminelle décide que, « s'il s'agit d'une « mort violente, le procureur de la République se fera assister « de un ou deux officiers de santé qui feront leur rapport ». On a affirmé, il est vrai, que le terme « *officier de santé* » était générique et comprenait toute personne légalement reçue. Sans avoir à examiner si cette interprétation n'est pas excessive, il semble bien que, aujourd'hui, la question ait été tranchée par l'article 14 de la loi du 23 novembre 1892. — *Des docteurs en médecine français.* En principe, dans les expertises ordinaires, le magistrat peut désigner comme expert, un homme de l'art résidant à l'étranger, ou un étranger résidant en France. Toutefois, depuis la loi du 30 novembre 1892, une restriction importante s'impose. Les étrangers, même pourvus, en France, de diplômes réguliers, ne peuvent jamais être chargés d'expertises médico-légales. L'article 16 ne fait exception, à cette règle impérative, ni en cas de nécessité ou urgence, ni en cas de flagrant délit.

2° La loi du 30 novembre 1892 a établi une *liste officielle d'experts médecins devant les tribunaux*, dont le décret du 21 novembre 1893, rendu en exécution de la loi (art. 14 *in fine*), réglemente la formation. Au commencement de chaque année judiciaire et dans le mois qui suit la rentrée, les cours d'appel, en chambre du conseil, le procureur général entendu, désignent, sur les listes de propositions des tribunaux de première instance du ressort, les docteurs en médecine à qui elles confèrent le titre d'expert devant les tribunaux (art. 1). Les propositions du tribunal et les désignations de la cour ne peuvent porter que sur des docteurs en médecine français, ayant au moins cinq ans d'exercice de la profession et demeurant, soit dans l'arrondissement du tribunal, soit

Digitized by Google

dans le ressort de la cour d'appel (art. 2). La condition des cinq ans d'exercice peut être remplacée, aux termes de l'article 1er du décret du 10 avril 1906, par l'obtention, soit du diplôme de l'Université de Paris portant la mention *Médecine légale et psychiatrie*, soit d'un diplôme analogue, créé par d'autres Universités, par application de l'article 15 du décret du 21 juillet 1897 portant règlement pour les conseils des Universités[5].

La création de cette liste officielle de *médecins experts devant les tribunaux* a, pour conséquence, de limiter le choix des magistrats. L'article 3 du décret du 21 novembre 1893, décide, en effet, que « les opérations d'expertise ne peuvent être confiées à un docteur en médecine qui n'aurait pas le titre d'expert ».

Néanmoins, toute latitude de choisir l'expert en dehors de la liste, est donnée au procureur de la République et au juge

[5] Le décret du 10 avril 1906 (*J. off.* du 12 avril 1906) a modifié l'article 2 du règlement du 21 novembre 1893 relativement aux conditions dans lesquelles peut être conféré le titre de *médecin expert* devant les tribunaux. L'article 1er de ce décret, qui remplace l'article 2 dudit règlement, est ainsi conçu : « Les propositions du tribunal et désignations de la cour ne peu« vent porter que sur des docteurs en médecine français demeurant, soit « dans l'arrondissement du tribunal, soit dans le ressort de la cour d'appel. « Ils doivent avoir au moins cinq ans d'exercice de la profession médicale, « ou être munis, soit du diplôme de l'Université de Paris portant la mention, « *Médecine légale et psychiatrie*, soit d'un diplôme analogue créé par d'au« tres Universités, par application des dispositions de l'article 15 du décret « du 21 juillet 1897 portant règlement pour les conseils des Universités ». On avait signalé, depuis longtemps (Voy. notamment Coutagne, *L'exercice de la médecine judiciaire en France, Archives de l'anthropologie criminelle*, 1886), l'absence d'organisation d'un enseignement complet de médecine légale. En conséquence, la France était loin de posséder un cadre de médecins suffisamment nombreux et compétents pour les besoins de notre administration judiciaire. C'est dans le but de combler cette lacune que l'Université de Paris, sur l'initiative du regretté professeur Brouardel, a institué un enseignement complémentaire, destiné aux futurs médecins légistes, enseignement essentiellement pratique, que couronne la possession d'un diplôme spécial. Les ressources qui existent dans certains grands centres, tels que Lyon, permettront, je l'espère, d'étendre cette organisation à quelques Universités de province.

Digitized by Google

d'instruction, soit dans les cas prévus par les articles 43 et 44 (*flagrant délit et mort violente ou suspecte*), soit dans ceux prévus par les articles 235 et 266 du Code d'instruction criminelle[6].

3° Avant la loi du 21 novembre 1892, la jurisprudence décidait que seuls les médecins, requis en cas de flagrant délit, étaient passibles, s'ils refusaient leur ministère, de la peine édictée par l'article 475, n° 12, du Code pénal. Depuis cette loi, tout médecin est tenu de déférer à cette réquisition, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il y a ou non flagrant délit. C'est ce qui résulte de la discussion de la loi à la Chambre des députés et de la rédaction de l'article 23 qui est formel sur ce point. La peine, en cas de refus, est une amende de 25 à 100 francs, c'est-à-dire une peine correctionnelle[7].

4° La revision de l'antique tarif du 18 juin 1811, maintes fois sollicitée, a été réalisée, pour les experts médicaux seuls, par le décret du 21 novembre 1893[8].

353. Les *expertises en écriture* ont toujours eu mauvaise réputation, du moins celles dont l'objet exclusif est de déterminer si tel corps d'écriture doit ou non être attribué à telle personne[9]. Ce qu'en disait d'Aguesseau, sous l'ancienne pro-

[6] Il s'agit, dans l'article 235, du droit d'évocation de la chambre d'accusation, dans l'article 266, du pouvoir discrétionnaire du président de la cour d'assises.

[7] Un arrêt de la Cour de Bourges du 4 avril 1895 (*J. des Parq.*, 95. 2. 98) décide que « ladite réquisition, faite à un médecin par un officier de police judiciaire, peut être écrite *ou* verbale, la loi n'ayant fixé aucune forme particulière. Mais elle doit être conçue en termes impératifs pour constituer une *mise en demeure* et pour que le citoyen à qui elle est adressée comprenne qu'il s'agit, non d'un simple désir exprimé, mais de l'usage d'un droit fortifié par une sanction pénale ».

[8] Ce décret a été complété par une circulaire de la Chancellerie du 31 juillet 1894 (*B. off. du Ministère de la Justice*, 1894, p. 180). Il est à remarquer que le décret de 1893 ne vise que les visites et opérations de chirurgie. Pour toute autre opération, par exemple lorsque le médecin est employé pour faire une analyse chimique, une expertise mentale, etc., le droit commun s'applique.

[9] L'expertise sur une *écriture non contestée* peut avoir, en effet, pour

Digitized by Google

cédure, est encore vrai aujourd'hui : « Ce n'est qu'un argu-« ment, un indice, une présomption invraisemblable tirée de « la vraisemblance du caractère, sur laquelle rien n'est plus « facile, rien n'est plus commun d'être trompé »[10]. Jousse qualifiait la comparaison d'écriture, qui est le procédé d'expertise en la matière, de preuve « purement conjecturale ». Les bases sur lesquelles repose la graphologie[11] sont, en effet, des plus hypothétiques, et, bien que quelques progrès aient été réalisés, soit par l'application de procédés chimiques, tendant à reconnaître la nature de l'encre, la composition du papier, ou à faire réapparaître des encres ou des taches disparues ou effacées, soit par l'application de la photographie, dans le but de déceler certains éléments que la rétine de l'œil, même aidée des instruments d'optique, ne permet pas de constater, il ne faut admettre les expertises de ce genre, en vue d'une identification de l'écriture ou de la signature, qu'avec la plus grande circonspection et ne les retenir, comme élément décisif de conviction, que si elles sont corroborées et appuyées par d'autres éléments circonstantiels distincts de l'appréciation même des experts.

354. La vérification des écritures formait l'objet d'un titre spécial dans l'ordonnance de juillet 1737 sur le faux. Ce titre n'a pas été reproduit par le Code d'instruction criminelle. Il ne faut pas en conclure que la législation moderne ait

objet de déterminer l'équilibre mental du sujet étudié. Elle sera nécessairement confiée à un médecin. Voy. sur la question en général : Lacassagne, *Précis de médecine légale*, p. 366 à 370; Garnot, *Etude sur l'écriture, sur le langage écrit et sur ses troubles au point de vue médico-légal et spécialement des articles 901 et 970 du Code civil* (Th. méd. Lyon, 1898); Max Simon, *Les écrits des aliénés* (*Arch. d'anthr. crim.*, 1888); Rogues de Fursac, *Les écrits et les dessins dans les maladies nerveuses et mentales*, 232 fig., Masson, 1905.

[10] D'Aguesseau, 51e plaidoyer.

[11] La science de l'écriture ou *graphologie* comprend deux choses distinctes : 1° l'étude des caractères d'écriture (*calligraphie*), en vue d'une identification de cette écriture; 2° celle de l'écriture, en vue de dégager, par ce moyen, les traits saillants de la personnalité de l'écrivain. A ce double point de vue, il s'agit évidemment d'une science bien conjecturale.

Digitized by Google

voulu écarter, pour la reconnaissance des écritures, les experts graphologues. Elle admet, en effet, l'expertise, en matière de pièces *arguées de faux*, dans les articles 448 à 464 du Code d'instruction criminelle. On doit seulement décider : 1° d'une part, que l'expertise en écriture « est une mesure ordinaire « de l'instruction, qui appartient au juge, tant qu'elle ne lui « a pas été expressément retirée par la loi et qui, *si elle doit « être accueillie avec quelque défiance*, peut cependant « fournir des indications utiles »; 2° et, d'autre part, « que « les règles tracées par le titre X du Code de procédure civile « intitulé, *de la vérification des écritures*, ne sont nullement « applicables en matière criminelle; que les juges criminels « comme les jurés forment leur conviction sur les faits, « d'après le débat oral et sans que la loi leur demande compte « des éléments et des circonstances qui la déterminent »[12].

355. Ces règles posées, et elles ne sont que l'application à l'expertise en écriture des principes généraux qui dominent la matière des preuves, on remarquera le rôle différent, et de l'*expertise en matière de pièces arguées de faux*, dont la procédure a été réglementée par les articles précités du Code d'instruction criminelle, et de l'*expertise en écriture ordinaire*, dont il n'est pas directement question dans ce Code[13]. Il s'agit, dans la première, d'un écrit prétendu falsifié, qui a été fabriqué ou dont il a été fait usage par celui auquel on impute l'incrimination de faux ou d'usage de faux. Dans la seconde, il s'agit de vérifier si un écrit, qui constitue tantôt le *corps du délit*, tantôt une *pièce à conviction*, peut être attribué à telle personne. C'est une lettre de dénonciation, anonyme ou signée; et sur l'instruction ou la poursuite pour dénonciation calomnieuse, la question se pose de savoir si cette dénonciation émane bien de l'inculpé. L'écrit à vérifier constitue, dans ce cas, le *corps même du délit*.

[12] Ce sont les termes de deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 29 ventôse an X, l'autre, du 20 juin 1846.

[13] Le Code d'instruction criminelle, consacre, en effet, un chapitre entier à la procédure du faux en écriture.

Digitized by Google

Dans d'autres cas, la vérification portera sur une *pièce à conviction*[14] qui sera l'une des preuves du délit poursuivi, mais qui n'en constituera pas le *corps*. Le juge d'instruction, qui a ouvert une information du chef d'assassinat, aura saisi, par exemple, une lettre de menaces qu'il attribue à l'inculpé et qui forme, si elle est bien de son écriture, une charge grave contre lui. Évidemment, si l'expertise doit toujours être ordonnée, en cas de doute sérieux sur l'identité de l'écriture, lorsque le *corps du délit* est précisément l'écrit lui-même, elle ne doit l'être, lorsqu'il s'agit d'une simple *pièce à conviction*, que lorsque l'écrit constitue une preuve indiscutable du fait incriminé ou d'un de ses éléments essentiels.

356. Dans la procédure organisée par le Code d'instruction criminelle pour la *constatation*, la *conservation* et la *vérification du faux en écriture*, il y a particulièrement deux groupes de règles qui doivent être respectés, par analogie, dans toute expertise en écriture : le premier concerne le *procédé* de *vérification;* le second, le procédé de *constatation et de conservation* de la pièce contestée.

I. Pour constater les altérations ou falsifications de pièces, les experts procèdent, le plus souvent, par la comparaison de l'écriture incriminée avec l'écriture, soit de l'inculpé lui-même, soit de la personne à qui l'acte est attribué. Les écrits, admis dans cette opération, s'appellent les « pièces de comparaison ». Dans les articles 455 et 456, la loi limite les productions de cet élément essentiel de l'expertise en écriture : 1° aux actes authentiques (art. 455); 2° aux écritures privées, *si les parties les reconnaissent* (art. 456). Cette dernière condition ne veut pas dire que les parties ont le droit de s'opposer à la production des pièces de comparaison consistant en des

[14] L'article 329, relatif à la procédure en cour d'assises, prescrit la représentation à l'accusé de toutes les pièces relatives au délit et pouvant servir à conviction : le président doit également demander à celui-ci *s'il reconnaît les pièces qu'on lui représente*. D'où il suit que la vérification des pièces à conviction, quand elles sont déniées, peut être *facultativement* l'objet d'une mesure d'expertise.

Digitized by Google

écritures privées, car les magistrats seuls ont la faculté de décider si cette production est utile. Mais cela signifie que les parties doivent être mises en demeure de déclarer si elles nient ou si elles reconnaissent l'authenticité de la pièce produite. L'article 461 indique, du reste, que le juge pourra exiger du prévenu la production d'un fac-simile de son écriture, sous ses yeux : « Le prévenu ou l'accusé pourra être requis de pro-« duire et de former un corps d'écriture ; en cas de refus ou de « silence, le procès-verbal en fera mention ». Rien ne s'oppose à ce que ce procédé soit employé vis-à-vis de toute autre personne, par exemple vis-à-vis du plaignant. Il est évident que toute cette procédure, qui a pour but de faire constituer, par le juge lui-même, les éléments de l'expertise et d'authentiquer, pour ainsi dire, les pièces sur lesquelles travailleront les graphologues, s'étend à tous les cas de vérification d'écriture.

II. Après avoir limité strictement le genre de pièces à produire pour comparaison, le Code d'instruction criminelle prescrit des règles particulières pour la saisie et le dépôt des pièces (art. 448, 449, 450, 462, 454, 455, 457), règles applicables, dans la mesure où elles peuvent être suivies, aux écrits déniés qui sont le corps du délit ou qui servent de pièces à conviction et sont soumis, à l'un de ces titres, à une expertise en écriture. Mais les formalités dont il est question, n'étant pas imposées à peine de nullité en matière de faux [15], ne le sont pas, à plus forte raison, lorsqu'elles sont étendues à une procédure pour laquelle elles n'ont pas été directement édictées.

357. Les falsifications des produits destinés à l'alimentation de l'homme et des animaux, ainsi qu'aux besoins de l'agriculture, deviennent chaque jour plus audacieuses et plus compliquées. Ce sont surtout les crises économiques, dont la fabrication et la vente de ces produits ont été une des principales causes par la concurrence faite à la production natu-

[15] Voy. notamment l'art. 450 du Code d'instruction criminelle.

Digitized by Google

relle et au commerce loyal, qui paraissent avoir motivé l'intervention législative. Elle s'est manifestée, dans une série de lois et règlements, sur les fraudes : 1° Des engrais (Loi du 4 avril 1888 et décret du 10 mai 1889); 2° Des vins, cidres et poirés (Lois des 16 août 1889, 11 juillet 1891, 24 juillet 1894, 6 et 8 août 1905); 3° Des sérums thérapeutiques (Loi du 25 avril 1895); 4° Des beurres (Loi du 16 avril 1897, décret du 9 novembre 1897); 5° De la saccharine (Loi du 30 mars 1902, art. 49 et 53); 6° Des sucres (Loi du 28 avril 1903, art. 7; loi du 31 mars 1903, art. 32; loi des 6 et 8 août 1905); 7° Dans la vente des marchandises, denrées alimentaires, produits agricoles (Loi des 1er et 5 août 1905, décret des 31 juillet, 2 août 1906).

La *constatation* et la *preuve* des diverses fraudes, de nature à se produire dans le commerce de ces substances, impliquent deux opérations qui doivent être soumises à des formalités destinées à garantir leur sincérité : le *prélèvement* des échantillons; leur *analyse* chimique. Cette double opération, a été organisée, sur des *bases contradictoires*, en vue de la répression des fraudes dans le commerce des engrais, des beurres, des boissons, denrées alimentaires et produits agricoles. Il y a là un premier essai, dans la législation française, de l'expertise contradictoire.

358. On sait l'importance qu'ont prise, en agriculture, les engrais, et surtout les engrais chimiques. Or, leur valeur dépend du titre réel en principes fertilisants dont l'acheteur ne peut se rendre compte sans une analyse chimique préalable. Pour protéger le cultivateur devenu la proie de négociants sans scrupule, réprimer les fraudes qui se pratiquent dans le commerce des engrais, fixer les méthodes d'analyse, abréger, en cas de contestation, les délais de procédure, une loi du 4 février 1888 est intervenue.

Elle édicte, dans son article 1er, une peine sévère, contre « ceux qui, en vendant ou mettant en vente des engrais ou « amendements, auront trompé ou tenté de tromper l'ache- « teur, soit sur leur nature, leur composition ou le dosage

Digitized by Google

« des éléments utiles qu'ils contiennent, soit sur leur prove-
« nance, soit par l'emploi, pour les désigner ou les qualifier,
« d'un nom qui, d'après l'usage, est donné à d'autres sub-
« stances fertilisantes ». En vue de découvrir ces fraudes, un règlement d'administration publique, en date du 10 mai 1889, rendu en exécution de l'article 6 de la loi, a organisé un système d'*expertises officielles* et *contradictoires*, qui comprend trois séries d'opérations.

I. La première est la *prise d'échantillons*[16]. S'il y a doute, ou contestation sur l'exactitude des indications mentionnées dans les contrats de vente, factures ou commissions destinées à l'acheteur, il peut être procédé, soit d'office, soit sur la demande des parties intéressées, à la prise d'échantillon de l'engrais ou amendement vendu (Loi du 10 mai 1889, art. 4). Les échantillons sont toujours prélevés en *trois* exemplaires, suivant certains procédés imposés pour en assurer l'identité : l'un est remis ou envoyé au vendeur; l'autre est transmis à un chimiste expert pour servir à l'analyse; le troisième est conservé en dépôt au greffe du tribunal de l'arrondissement, pour être utilisé, s'il y a lieu, dans une contre-expertise (art. 7 et 9).

II. La seconde opération est la constitution de l'*expertise*. Dans le cas où la prise d'échantillons a lieu d'un commun accord ou à la requête de l'acheteur, les parties peuvent convenir du choix de l'expert. En cas de désaccord ou en cas de prise d'échantillons d'office, l'expert est désigné par le juge de paix du canton, sur la réquisition du magistrat qui a procédé à l'opération, ou, à son défaut, de la partie la plus diligente (art. 9). L'expertise doit être faite par l'un des chimistes experts désignés par le ministre de l'Agriculture et dont

[16] Au cas où la prise d'échantillons a lieu à la *demande des parties*, les échantillons sont prélevés contradictoirement par les parties au lieu de la livraison. Si le vendeur refuse d'assister à la prise d'échantillons ou de s'y faire représenter, il y est procédé, à la requête et en présence de l'acheteur, par le *maire* ou le *commissaire de police* du lieu de la livraison (art. 5). Quand il est procédé d'*office* à la prise d'échantillons, celle-ci est faite par le *maire* de la localité ou son adjoint, ou le commissaire de police, soit dans les magasins ou entrepôts, soit dans les gares ou ports de départ ou d'arrivée.

Digitized by Google

la liste est revisée tous les ans, dans le courant du mois de janvier (art. 10). Un délai de dix jours au plus, à partir du jour de la remise de l'échantillon, est imparti au chimiste expert pour l'analyse de l'échantillon (art. 11).

III. La troisième opération, la *contre-expertise,* n'a lieu que si le vendeur conteste les données de l'analyse. Celui-ci doit faire sa déclaration dans un délai de huit jours, à partir du jour du dépôt du rapport au greffe du tribunal qui a procédé à la désignation de l'expert. Dans ce cas, le troisième exemplaire de l'échantillon prélevé est soumis à une contre-expertise par un chimiste expert, choisi sur la liste dressée par le ministre et désigné par le président du tribunal de l'arrondissement où il a été procédé à la prise d'échantillon (art. 16). Cette opération doit être achevée dans le même délai de huit jours à partir de la remise de l'échantillon.

Les rapports des chimistes experts et les procès-verbaux de prise d'échantillons sont transmis au procureur de la République pour y être donné telle suite que de droit.

359. Les particularités de l'instruction, ainsi analysées, méritent d'être soulignées, car elles ont été le point de départ, en France, d'un mouvement législatif intéressant[17]. 1° L'expertise est toujours *contradictoire,* en ce sens : que les intéressés sont tenus d'assister à la prise d'échantillons ou de s'y faire représenter; et que le vendeur a toujours le droit d'exiger une contre-expertise qui ne peut lui être refusée. 2° Les magistrats, pas plus que les parties, n'ont le *libre choix* de l'expert. Ils sont tenus de désigner un des experts officiels figurant sur la liste dressée par le ministre de l'Agriculture. 3° Des *délais* et des *formes* spéciales sont imposées aux experts pour la rédaction de leurs rapports. 4° Enfin, cette expertise est essentiellement *extrajudiciaire* et *préjudicielle* à la poursuite qui peut être exercée contre le délinquant.

[17] L'opportunité de la loi du 4 février 1888 ne saurait être contestée et ses résultats ont été favorables. Depuis sa mise en vigueur, les fraudes dans le commerce des engrais sont devenues rares.

Digitized by Google

360. Ce dernier caractère donne lieu à une double question. 1° La poursuite est-elle recevable dans le cas où les formalités préliminaires n'ont pas été observées? 2° Cette expertise préalable est-elle exclusive de toute mesure d'instruction de droit commun en cas de poursuite?

I. Le procureur de la République n'exerce l'action publique que si le prélèvement d'échantillons et l'expertise, dont les procès-verbaux lui sont adressés, paraissent conclure à une fraude. Cela est bien évident. Mais il est possible, la poursuite étant ainsi engagée, qu'il soit démontré, au cours des débats, que les formalités prescrites par le règlement d'administration publique n'ont pas toutes été accomplies, par exemple, le prélèvement d'échantillons n'a pas été contradictoire, ou bien l'expert a déposé son rapport plus de huit jours après la remise qui lui est faite de l'échantillon soumis à sa vérification : dans ce cas, le tribunal peut-il, si la fraude est, d'autre part, démontrée par l'instruction judiciaire, statuer sur l'affaire et condamner le prévenu? Il ne paraît pas douteux qu'en basant sa décision sur des éléments distincts de l'expertise extrajudiciaire, par exemple, sur l'aveu du prévenu, le tribunal n'ait le droit de déclarer la poursuite recevable et fondée [18]. L'expertise irrégulière pourrait même être consultée, à titre de renseignement, puisque la preuve de la fraude n'a pas été expressément soumise à une forme légale [19].

II. Dès que le dossier est transmis, comme l'exige l'article 17 du décret, au procureur de la République, ce magistrat est maître de la poursuite, comme dans toute autre affaire correctionnelle. Le juge d'instruction qu'il saisit, a tous les pouvoirs que lui reconnaît le Code d'instruction criminelle pour la direction à donner à la procédure d'information et pour la désignation des experts. Sans doute, son choix se limitera presque toujours aux experts portés sur la liste offi-

[18] Dans ce sens : Cass., 15 juin 1895 (S. 96. 1. 251); Paris, 6 févr. 1896 (*J. des Parq.*, 96. 2. 165).

[19] Mêmes arrêts cités dans la note précédente.

Digitized by Google

cielle, dressée annuellement par le ministre de l'Agriculture, car ce sont ceux-là qui offrent le plus de garantie; mais le juge d'instruction a toujours le droit d'en choisir d'autres. Les prescriptions de la circulaire ministérielle du 11 mars 1896, qui renvoie les magistrats à cette liste, n'ont rien d'impératif [20].

361. La loi du 16 avril 1897 concernant la répression de la fraude dans le commerce du beurre et la fabrication de la margarine, et le règlement d'administration publique du 9 novembre 1897, qui statue sur toutes les mesures à prendre pour son exécution, contient un système analogue [21].

Mais l'intervention administrative, dans la constitution de l'expertise, est encore plus accentuée et la réglementation plus stricte [22].

La prise d'échantillons est faite en *trois* exemplaires, « enfermés dans des vases en verre hermétiquement clos, et immédiatement scellés », et accompagnée d'un procès-verbal contenant toutes les indications jugées utiles pour établir l'authenticité des échantillons prélevés et l'identité de la marchandise vendue (art. 11 et 12). C'est le gouvernement qui désigne les experts agréés (art. 13), c'est lui qui se réserve de prescrire les mesures d'analyse.

L'expertise doit être effectuée dans un délai de huit jours au plus à partir de la remise de l'échantillon au chimiste expert. Si l'analyse est contestée par l'intéressé, le troisième

[20] Circ. Just., 11 mars 1896, *Bull.*, n° 16; et Circ. Just. 24 mars 1897, *Bull.*, n° 10.

[21] Voy. le titre III du décret du 9 nov. 1897, intitulé « Expertise » (art. 10 à 16).

[22] Les résultats de cette organisation d'une expertise officielle extra-judiciaire n'ont pas été très heureux. L'une des premières applications du système, l'affaire dite des « Beurres de Hollande », fut, pour les experts officiels et pour les méthodes d'analyse officielles, un échec retentissant. On en lira le récit dans l'article suivant : Dr Lescoeur, professeur de toxicologie à l'Université de Lille, *L'expertise contradictoire* (*Rev. pénit.*, 1905, p. 1218 et 1222). C'est un des chapitres les plus intéressants des erreurs judiciaires dues aux expertises.

Digitized by Google

exemplaire de l'échantillon est soumis à une contre-expertise, confiée à un chimiste expert, choisi sur la liste dressée par le ministre de l'Agriculture, et désigné par le président du tribunal de l'arrondissement où il a été procédé à la prise d'échantillon (art. 16).

Dans ce cas, comme dans le cas précédent, l'expertise doit être régulière[23] pour permettre au tribunal de baser la condamnation, exclusivement sur cette mesure d'instruction. Mais, si l'expertise, même irrégulière, peut être consultée, à titre de simple renseignement, le tribunal a le droit, soit de baser la condamnation sur d'autres éléments de preuve que l'expertise, notamment sur l'aveu du prévenu, soit de relaxer celui-ci, malgré les conclusions défavorables ou de l'expertise ou de la contre-expertise, conclusions qui ne s'imposent pas au juge.

362. Depuis 1905, la France possède une *lex alimentaria*, c'est-à-dire un Code sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles[24].

[23] Mais quelles sont les formalités prescrites à peine de nullité? La jurisprudence paraît avoir appliqué à cette procédure la distinction des formalités, en substantielles et non substantielles. C'est ainsi que les vases en verre dans lesquels sont prélevés des échantillons de beurre, conformément à l'article 11 du décret du 9 nov. 1897, doivent, *à peine de nullité de la saisie*, être scellés immédiatement après le prélèvement (Cass., 7 juill. 1900, D. 1901. 49; Douai, 29 nov. 1899, D. 1900. 2. 328). Mais la loi n'exige pas que le procès-verbal relatant la prise des échantillons soit rédigé au moment même de la constatation des faits (Cass., 7 juill. 1900, précité). La disposition de l'article 11 du décret du 10 mars 1887, aux termes de laquelle, l'analyse de l'échantillon doit être effectuée dans un délai de huit jours, *n'est pas prescrite à peine de nullité*; il en est de même de la disposition de l'article 14 de ce décret qui enjoint à l'expert de donner avis au vendeur du dépôt du rapport (Cass., 15 juin 1895, D. 1901. 1. 339). En sens contraire, sur ce dernier point: Caen, 24 janv. 1899 (S. 99. 2. 113).

[24] C'est la loi des 1er et 5 août 1905 (*J. off.* du 5 août 1905). Cette loi abroge l'article 423, le paragraphe 2 de l'article 477 du Code pénal, la loi du 27 mars 1851 tendant à la répression plus efficace de certaines fraudes dans la vente des marchandises, la loi des 5 et 9 mai 1855 sur la répression des fraudes dans la vente des boissons (art. 14). Mais elle maintient en vi-

Digitized by Google

Conformément à l'article 11 de cette loi, un règlement d'administration publique des 31 juillet et 2 août 1906, est intervenu, en ce qui concerne : 1° les formalités prescrites pour opérer des prélèvements d'échantillons et procéder contradictoirement aux expertises sur les marchandises suspectes; 2° le choix des méthodes d'analyse destinées à établir la composition, les éléments constitutifs et la teneur en principes utiles des produits ou à reconnaître leur falsification; 3° les autorités qualifiées pour recueillir des éléments d'information auprès des diverses administrations publiques et des concessionnaires de transport[25].

gueur, sauf en ce qui concerne les pénalités, remplacées par celles de la loi nouvelle : 1° la loi du 4 février 1888, concernant la répression des fraudes dans le commerce des engrais; 2° les lois du 14 août 1889, 11 juillet 1891, et 24 juillet 1894, relatives aux fraudes commises dans la vente des vins ; 3° la loi du 25 avril 1895, relative à la vente des sérums thérapeutiques ; 4° la loi du 6 avril 1897 concernant les vins, cidres et poirés; 5° la loi du 16 avril 1897 concernant la répression de la fraude dans le commerce du beurre et la fabrication de la margarine. Enfin, une loi postérieure, celle des 6 et 8 août 1905, relative à la répression de la fraude sur les vins et au régime des spiritueux, s'ajoute à la liste des lois auxquelles la protection des vins naturels a donné lieu depuis 1889.

[25] Ce premier règlement a été promulgué au *J. off.* du 2 août 1906. Il contient trois titres. Le premier est consacré à l'organisation et au fonctionnement du service des prélèvements. Ce service est organisé par l'État avec le concours éventuel des départements et des communes. Le fonctionnement de ce service est assuré, sous l'autorité du ministre de la Justice, du ministre de l'Agriculture et du ministre du Commerce, de l'Industrie et du Travail, dans les départements, par les préfets, à Paris et dans le ressort de la préfecture de police, par le préfet de police. Les agents de prélèvement sont désignés par l'article 2. Des agents spéciaux, agréés et commissionnés par le préfet, peuvent être institués par les départements ou les communes. Une commission permanente est instituée et rattachée au ministère du Commerce pour l'examen des questions d'ordre scientifique que comporte l'application de la loi du 1er août 1905 (art. 3). Les articles 6 à 10 prescrivent le mode de prélèvement des échantillons, le nombre d'échantillons à prélever, etc. Le titre II est relatif au fonctionnement des laboratoires. Tous les laboratoires ne peuvent employer que les méthodes indiquées par la commission permanente. Les agents de prélèvement n'auront rien de commun avec le personnel des laboratoires (art. 12 à 16). Le titre III s'occupe du fonctionnement de l'expertise

Digitized by Google

363. Ce qui caractérise l'instruction en matière de fraudes, d'après cette législation, c'est l'organisation d'une double expertise : la première, *administrative*, destinée à surveiller, rechercher et constater les fraudes ; la seconde, *judiciaire*, destinée à les établir en vue de la répression.

I. Dans la première phase de la procédure, la phase administrative, les agents, chargés du service, ont le droit d'opérer des prélèvements d'échantillons *d'office*, dans les magasins, boutiques, ateliers, voitures servant au commerce, ainsi que dans les entrepôts, les abattoirs et leurs dépendances, les halles, foires et marchés, et dans les gares ou ports de départ ou d'arrivée (art. 4). Tout prélèvement comporte *quatre* échantillons, l'un destiné au laboratoire pour analyse, les trois autres éventuellement destinés aux experts (art. 5). Cette opération donne lieu, *séance tenante*, à la rédaction, sur papier libre, d'un procès-verbal, contenant un certain nombre de mentions, l'identité de l'agent verbalisateur, la date, l'heure et le lieu où le prélèvement a été effectué, les nom, prénoms, profession, domicile ou résidence de la personne chez laquelle le prélèvement a été opéré. Ce procès-verbal est signé par l'agent verbalisateur. Il contient un exposé succinct des circonstances dans lesquelles le prélèvement a été opéré, relate les marques et étiquettes apposées sur les enveloppes et récipients, l'importance du lot de marchandise échantilloné, ainsi que toutes les indications jugées utiles pour établir l'authenticité des échantillons prélevés et l'identité de la marchandise. Le propriétaire ou le détenteur de la marchandise, ou, le cas échéant, le représentant de l'entreprise de transport, peut, en outre, faire insérer au procès-verbal toutes les déclarations qu'il juge utiles. Il est invité à signer le procès-verbal : en cas de refus, mention en est faite par l'agent verbalisateur (art. 6).

contradictoire : deux experts, l'un désigné par le juge d'instruction, l'autre, par la personne contre laquelle l'instruction est ouverte; si les experts sont en désaccord, ils désignent un tiers expert pour les départager. A défaut d'entente pour le choix de ce tiers expert, il est désigné par le président du tribunal civil. Telle est l'économie générale de ce premier décret organique.

Digitized by Google

Tout échantillon prélevé est mis sous scellés (art. 7). L'analyse de l'un des échantillons est faite, dans les huit jours de la réception, dans des conditions et d'après des méthodes indiquées par la commission permanente qui est instituée au ministère du commerce. Si le rapport du laboratoire ne révèle aucune infraction à la loi du 1er août 1905, le préfet en avise, sans délai, l'intéressé. Dans ce cas, si le remboursement des échantillons est demandé, il s'opère, d'après leur valeur au jour du prélèvement, aux frais de l'État, au moyen d'un mandat délivré par le préfet (art. 14). Dans le cas où le rapport du laboratoire signale une infraction à la loi du 1er août 1905, le préfet transmet, sans délai, le rapport du laboratoire au procureur de la République. Il y joint le procès-verbal de prélèvement et les trois échantillons réservés (art. 15).

II. C'est alors que s'ouvre la seconde période de l'instruction, celle de la poursuite *judiciaire* en vue de la répression du délit. La loi du 1er août 1905 pose, en principe, dans son article 12 : « Toutes les expertises nécessitées par l'applica-« tion de la présente loi seront contradictoires et le prix des « échantillons reconnus bons sera remboursé d'après leur « valeur le jour du prélèvement ». C'est ce principe de l'expertise contradictoire que le règlement organise[26]. Le système qui a été adopté est celui de la *dualité* et de l'*égalité* des experts, dont l'un est désigné par le juge d'instruction et l'autre, par la personne contre laquelle l'instruction est ouverte. A cet effet, le procureur de la République informe l'auteur présumé de la fraude qu'il est l'objet d'une poursuite. Il l'avise qu'il peut prendre communication du rapport du directeur du laboratoire et qu'un délai de trois jours francs lui est imparti pour faire connaître s'il réclame l'expertise contradictoire prévue par l'article 12 de la loi du 1er août 1905.

[26] Une question, qui a eu un intérêt simplement transitoire, s'est élevée après la promulgation de la loi du 1er août 1905. On s'est demandé si son application était subordonnée au décret réglementaire qui devait organiser l'expertise contradictoire. La jurisprudence ne l'a pas pensé. Voy. note sous Trib. corr. de la Seine du 13 décembre 1905, dans D. 1906. 2. 131.

Digitized by Google

364. Deux situations sont alors possibles.

La première, dont il n'est question ni dans la loi ni dans le règlement : c'est celle où l'inculpé renonce expressément ou tacitement à réclamer le bénéfice de l'expertise contradictoire. Dans ce cas, le droit commun s'applique. Le procureur de la République a le choix entre la voie de la citation directe et celle de l'information. La base de la prévention est le rapport du directeur du laboratoire. Mais ce n'est pas là une preuve légale. Ce rapport peut être discuté en la forme comme au fond : *en la forme*, si quelques-unes des prescriptions du règlement, notamment celles qui énumèrent les conditions du prélèvement, n'ont pas été suivies ; *au fond*, si les appréciations des experts, et même les méthodes scientifiques employées, sont contestées. La loi n'a pas fait exception, au point de vue de la poursuite des délits de fraudes et falsifications, au principe général des preuves de conviction.

La seconde situation est celle dans laquelle l'inculpé réclame *l'expertise contradictoire*. Le procureur de la République requiert alors l'ouverture d'une information : la voie de la citation directe lui est fermée. C'est que le mode exclusif de preuve du délit est l'expertise, telle qu'elle est organisée par les articles 17 à 24 du décret réglementaire du 31 juillet 1906, expertise qui implique l'intervention préalable du juge d'instruction pour la commise.

En effet, il est procédé à la nomination de *deux* experts, l'un désigné par le juge d'instruction, l'autre, par la personne contre laquelle l'instruction est ouverte. Celle-ci a toutefois le droit de *renoncer* à cette désignation et de s'en rapporter aux conclusions de l'expert désigné par le juge. Les experts sont choisis sur les *listes spéciales* de chimistes experts dressées, dans chaque ressort, par les cours d'appel ou les tribunaux civils. L'inculpé peut toutefois choisir son expert sur les listes dressées par la cour d'appel ou le tribunal civil du ressort, d'où il aura déclaré que provient la marchandise (art. 18).

Quelles sont les pièces sur lesquelles opèrent les expert? Et quelle méthode doivent-ils suivre? Chaque expert est mis

Digitized by Google

en possession d'un échantillon. Le juge d'instruction donne communication aux experts des procès-verbaux de prélèvement, ainsi que des factures, lettres de voiture, pièce de régie et, d'une façon générale, de tous les documents que la personne mise en cause a jugé utile de produire ou que le juge s'est fait remettre. Aucune *méthode officielle* n'est imposée aux experts. Ils opèrent, à leur gré, ensemble ou séparément, chacun d'eux étant libre d'employer les procédés qui lui paraissent le mieux appropriés. Leurs conclusions sont formulées dans le délai fixé par l'ordonnance du juge d'instruction (art. 19).

Si les experts sont en désaccord, ils désignent un tiers expert pour les départager. A défaut d'entente pour le choix de ce tiers expert, il est désigné par le président du tribunal civil. Le tiers expert peut être choisi *en dehors des listes officielles* (art. 20). Sur la demande des experts ou sur celle de la personne mise en cause, des dégustateurs, choisis dans les mêmes conditions que les autres experts, sont commis pour examiner les échantillons (art. 21).

365. Quelle est la *valeur probante* de l'expertise contradictoire à laquelle il a été procédé? Les experts émettent-ils un simple *avis?* ou rendent-ils une *décision* que le tribunal n'a qu'à homologuer? Aucune disposition spéciale n'écarte, en matière de fraudes et falsifications, l'application du droit commun de la preuve. Si donc le tribunal doit puiser sa conviction dans une expertise *légalement faite*, il est maître d'*accepter* ou de *rejeter les conclusions de cette expertise.*

En conséquence : 1° Le tribunal doit, s'il reconnaît que l'expertise n'est pas régulière, parce qu'il y a été procédé hors des conditions légales, annuler cette expertise et en ordonner une nouvelle, dans laquelle les experts se conformeront aux prescriptions des articles 18 à 21 du décret réglementaire. En effet, le tribunal ne peut puiser sa conviction, en matière de fraudes et falsifications, que dans une expertise contradictoire régulière, à moins que le prévenu n'ait expressément ou tacitement renoncé à soulever le moyen tiré de l'irrégula-

Digitized by Google

rité de l'expertise, ce qu'il a toujours le droit de faire [27]; 2° Mais le tribunal n'est pas tenu d'homologuer les conclusions d'une expertise contradictoire régulière. Sans doute, l'obligation de motiver la décision viendra limiter le pouvoir qui lui appartient, soit de relaxer un prévenu auquel les experts imputent une falsification, soit de condamner celui que les experts déclarent innocenter, et permettra à la Cour de cassation de contrôler, au point de vue de l'*existence de la preuve*, le jugement de relaxe ou de condamnation. Mais, sous cette réserve, il faut, surtout en matière d'expertise chimique, où les méthodes de recherche et d'analyse et les conclusions prétendues scientifiques sont si discutables, maintenir le pouvoir d'appréciation des tribunaux.

§ LXIV. — DE LA RÉFORME DES EXPERTISES CRIMINELLES.

366. Comment se pose en France la question de réforme des expertises criminelles. — **367.** Constatations qui se dégagent de l'étude comparative des législations étrangères. — **368.** Projet de réforme du Code d'instruction criminelle français de 1879. Question de l'expertise. Système de l'expertise surveillée. — **369.** Proposition Cruppi de 1898. Vote de cette proposition par la Chambre des députés, le 30 juin 1899. — **370.** La réforme porte sur trois points : création de listes annuelles d'experts agréés; fonctionnement contradictoire de l'expertise par la dualité et l'égalité des experts; création d'un arbitrage en cas de désaccord. — **371.** Cette proposition de loi n'a pas eu pour objet de réglementer l'ensemble des expertises criminelles, mais d'introduire, dans ces expertises, le régime de la contradiction.

366. En matière d'expertises, on ne peut éviter les erreurs individuelles. Le problème qui se pose au législateur est de les rendre de moins en moins fréquentes, par une bonne organisation du service judiciaire des expertises criminelles. En France, tout est à faire, puisque ce service est encore à l'état inorganique. Aussi la nécessité de réformer les expertises criminelles ne fait aucun doute, la difficulté ne porte que sur le choix des voies et moyens pour y parvenir.

[27] Le prévenu peut renoncer à l'expertise contradictoire : *a fortiori*, s'il a requis l'expertise contradictoire, peut-il renoncer à se prévaloir des irrégularités dont elle est entachée.

Digitized by Google

367. Une double constatation se dégage d'une étude comparative des législations étrangères sur l'expertise criminelle[1]. Presque partout, la question spéciale d'une organisation de l'expertise médicale, qui est la plus fréquente, la plus délicate et la plus décisive de toutes, a fait perdre de vue la question générale d'une organisation de l'expertise. Presque partout également, on s'est préoccupé d'établir les deux garanties indispensables au bon fonctionnement de ce procédé d'instruction : la compétence de l'expert, le contrôle de ses opérations. Mais, à vrai dire, l'expertise contradictoire, par la dualité et l'égalité des experts, désignés, l'un par l'accusation, l'autre par la défense, ayant le même rôle et les mêmes droits, a paru d'un fonctionnement incompatible avec la procédure inquisitoire[2]. Presque partout, c'est le juge qui nomme les experts et qui les dirige; et si on réserve à l'inculpé le droit d'intervenir, c'est plutôt pour surveiller et contrôler les opérations que pour y participer. C'est ainsi que l'expertise contradictoire n'existe pas en Allemagne : l'inculpé peut seulement demander que l'on fasse citer, pour assister aux constatations, des experts qu'il désigne; et si le juge refuse, il peut les faire citer à ses frais. Toutefois, ce droit même a une limite : les experts de la défense ne prennent part au constat et aux actes d'instruction nécessaires que si leur présence ne gêne en rien l'instruction. Mais si les experts nommés par le juge sont en désaccord, ou si le cas lui paraît suffisamment grave, ou encore si l'avocat conteste le rapport des experts, leurs conclusions sont soumises à l'examen d'autorités qui sont officiellement constituées pour s'occuper de ces matières spéciales. Ce sont des tribunaux de superarbitres[3].

§ LXIV. [1] Cette étude comparative a été faite, particulièrement par Drioux : *Études sur les expertises médico-légales* (*Bull. de la Société de législ. comp.*, 1886, p. 485); André Debesdin, *op. cit.*, p. 150 à 215; Léon Meslier, *op. cit.*, p. 217 à 280.

[2] Le Code espagnol du 14 déc. 1882 (art. 459 et suiv.) organise cependant un système d'expertise contradictoire qui se rapproche du projet voté par la Chambre française en 1899

[3] La législation allemande contient une réglementation spéciale et complète

Digitized by Google

368. En France, le projet de réforme du Code d'instruction criminelle de 1879, organisait deux institutions[1] : 1° Tout d'abord, la *contradiction* de l'expertise, par la *surveillance* et

des opérations médico-légales. C'est la Prusse qui, la première, a adopté cette réglementation; et depuis 1875, elle a été étendue à tous les États allemands. Chaque affaire médico-légale est d'abord soumise à l'examen d'un docteur assermenté, remplissant les fonctions de médecin légiste pour toutes les affaires qui se présentent devant le tribunal auquel il est attaché. Ce fonctionnaire est assisté habituellement de l'officier de santé du district. L'expertise doit être faite, à moins d'impossibilité, en présence des médecins ou élèves en médecine qui veulent se former à la pratique. Le procès-verbal est dressé par le juge d'instruction : l'expert y ajoute les conclusions sommaires de ce qu'il a observé. Si le ministère public ou la défense n'admettent pas ce rapport et, même s'ils l'acceptent, dans certains cas graves spécifiés par la loi, on l'envoie, avec le procès-verbal de l'expertise et toutes les pièces, à une deuxième juridiction médicale, le ***Medecinal Collegium***, institué dans chaque province de l'Empire. Ce comité médical, composé de six membres, nomme deux rapporteurs qui doivent étudier l'affaire séparément. Puis l'affaire est examinée en séance, et ce comité arrête ses conclusions. C'est, en quelque sorte, une deuxième expertise. Enfin, lorsque des réclamations s'élèvent encore, ou qu'il y a doute, on soumet l'affaire à une troisième juridiction qui siège à Berlin et qui est composée des sommités de la science. Même procédure devant la ***Wissenschaftliche deputation*** que devant le ***Medicinal Collegium***. Le comité provincial, le comité supérieur sont tenus de toujours exprimer leur avis *par écrit*, sans se faire jamais représenter par un de leurs membres devant les tribunaux. Ce rapport est remis au médecin légiste officiel, qui est chargé de le défendre à l'audience. Les attributions de la commission scientifique des superarbitres ou députation scientifique pour les affaires médicales, sont définies par le décret du 23 janv. 1819: « Elle doit se considérer comme une réunion d'experts et il lui appartient « notamment : 1° De déterminer les principes scientifiques sur lesquels re- « pose l'administration de la médecine et qui, au point de vue technique, « doivent être la plus haute règle de l'expérience, sous le rapport de leur « influence sur le bien général,et, chaque fois que cela est utile ou lui est « demandé, de communiquer au ministre ses conseils et ses vues scientifi- « ques; 2° Elle doit donner son avis, quand le ministre le demande, dans « tous les cas concernant l'administration de la médecine, ou dans les affai- « res criminelles, pour reconnaitre les causes de mort, de maladies ou d'au- « tres dommages, aussi bien que dans toutes les affaires de justice, de police « nécessitant un avis médical, scientifique et d'expert... »

[1] Art. 48 à 54. Voy. le texte du projet au *Journ. off.*, Sénat, annexes, 1882, n° 63, p. 113.

Digitized by Google

le *contrôle*. Les experts, désignés par le juge d'instruction, opéraient et concluaient seuls; mais le projet plaçait, à côté d'eux, et prêtant serment comme eux, un *expert de la défense*, qui, sans coopérer à l'expertise, avait pour unique mission de la surveiller, de requérir des experts officiels certaines opérations, et de consigner ses observations au bas du procès-verbal. Cet expert de la défense avait ainsi un rôle analogue à celui que, depuis lors, la loi du 8 décembre 1897 a donné à l'avocat de l'inculpé dans les interrogatoires et les confrontations. Un délai de quarante-huit heures était fixé à l'inculpé pour exercer son choix, à dater de l'avis qui devait lui être notifié de la désignation de l'expert officiel. Les incidents, que la présence des experts officiels et de l'expert de la défense, faisaient naître, au cours de l'expertise, étaient soumis au juge d'instruction : celui-ci statuait, sauf recours à la chambre du conseil, que le projet rétablissait et à laquelle il conférait une juridiction indépendante de celle du juge d'instruction; 2° Puis, la *fixation d'une liste annuelle d'experts*, sur laquelle l'inculpé et le juge d'instruction devaient faire chacun leur désignation, sauf à obtenir, de la chambre du conseil, en cas de besoin, l'autorisation d'en choisir en dehors de ces listes.

Le 6 mars 1882, M. Dauphin, membre de la commission du Sénat, chargée d'étudier le projet, déposait un rapport, au nom de cette commission. Bien que, sur d'autres points, ce projet de la commission du Sénat différât sensiblement du projet gouvernemental, la section de l'expertise reproduisait, à peu de choses près, les termes de la section correspondante du projet[5]. Ce projet fut discuté dans les séances de mai et juin 1884, et adopté, en deuxième lecture, à la séance du 6 août. La section de l'expertise[6] ne subit, dans la discussion, de changements notables que sur un point : on admit que, non seulement en cas de flagrant délit, mais même dans les cas de *simple urgence*, dont la détermination était laissée à

[5] Tit. II, chap. II, sect. III, art. 56 à 62 du projet de la commission. Voy. *Journ. off.*, Sénat, annexes, 1882, n° 63, p. 113.

[6] Art. 61 à 68 du projet du Sénat. Voy. le texte au *Journ. off.*, Chambre, annexes, 1885, p. 714.

Digitized by Google

l'appréciation du juge d'instruction, celui-ci pouvait ordonner des expertises, en dehors des formes légales, c'est-à-dire sans que l'inculpé y fût présent, sans même l'en aviser, et sans l'obligation de choisir dans la liste officielle. Mais, au cours de la discussion, et à la séance du 28 juillet 1882, M. le sénateur Bernard proposa un système plus radical que celui du projet : il demandait que l'on organisât l'expertise, non pas seulement *surveillée*, mais absolument *contradictoire*, en donnant aux deux experts les mêmes pouvoirs et en les faisant procéder en commun à toutes les opérations de l'expertise. Ce système, combattu par le rapporteur, ne fut pas pris en considération. Le projet du Sénat organisait, en effet, plutôt un *contrôle* qu'une *contradiction* de l'instruction préparatoire, et le système de l'expertise était adapté aux conceptions générales qui avaient prévalu pour l'ensemble des opérations de cette phase du procès.

Transmis à la Chambre, le projet fut rapporté, le 15 novembre 1883, par M. Goblet[7]. La commission de la Chambre avait effacé, dans l'article 66, les mots dangereux, introduits par le Sénat, *sans en avertir l'inculpé*, estimant, avec quelque raison, que l'on pouvait, dans la plupart des cas dits d'urgence, sauvegarder le principe même du contrôle, et permettre à l'inculpé de choisir son expert, immédiatement, et sans retarder l'opération. Ce n'était plus alors que dans le cas où l'inculpé n'avait pas exercé ce choix que l'expertise se trouvait confiée à l'expert du juge d'instruction, agissant seul et sans contrôle. A part cette modification, les règles de l'expertise restaient les mêmes. Au cours de la discussion qui eut lieu, pendant les mois d'octobre et novembre 1884, le Dr Chevandier[8] déposa un amendement, d'après lequel le juge d'instruction nommerait toujours, sauf pour les cas peu graves, deux experts, ayant le même caractère, les mêmes droits et agissant en commun. Avec cet amendement, les trois

[7] V. *Journ. off.*, Chambre, annexes, 1883, n° 2377, p. 1784.

[8] C'est le même Dr Chevandier qui devait faire voter plus tard la proposition de loi sur l'exercice de la médecine, qui est devenue la loi du 30 novembre 1892, dite loi Chevandier.

Digitized by Google

systèmes, actuellement proposés, pour organiser la contradiction dans l'expertise, ont donc été examinés, au cours de la discussion du projet de réforme du Code d'instruction criminelle : surveillance par un expert nommé par l'inculpé; opérations faites en commun par deux experts d'origine différente, désignés, l'un par le juge d'instruction, l'autre par l'inculpé; opérations faites en commun, par deux experts de même origine, nommés l'un et l'autre par le juge d'instruction [9].

A la séance du 9 novembre 1884, la Chambre décida qu'elle passerait à une seconde délibération. Le rapporteur, M. Bovier-Lapierre déposa un rapport sur le projet voté en première lecture. Mais la législature prit fin sans que le projet pût être adopté en deuxième délibération. Malgré le vote de l'urgence, le 15 novembre 1887, et le dépôt successif de deux nouveaux rapports par M. Bovier-Lapierre, le 15 juin 1891 [10] et le 3 décembre 1895 [11], le projet ne put aboutir. Bien inspiré, M. Constans, en vue d'éviter un avortement définitif, déposait, en 1897, une proposition de loi, ayant pour but d'introduire, dans l'instruction préparatoire, les réformes les plus urgentes. Cette proposition devint la loi du 8 décembre 1897 qui ne modifie pas, directement au moins, le système des expertises criminelles.

369. Cependant, les projets de réforme de l'expertise n'étaient pas abandonnés. Au cours même de la discussion de la loi Constans, les sénateurs Thézard et Thévenet présentaient une proposition de loi, en trois articles, tendant à établir l'*expertise contradictoire*, et n'organisant ,en réalité, que l'*expertise surveillée*. Mais le système de l'expertise contradictoire qui avait été, devant le Sénat, l'objet de l'amendement de M. le sénateur Bernard, fut repris dans une proposition de loi, déposée à la Chambre des députés, le 8 décem-

[9] *Journ. off.*, Chambre, annexes, 1885, p. 714.
[10] *Journ. off.*, Chambre, annexes, 1891, p. 115.
[11] *Journ. off.*, Chambre, annexes, 1895, p. 1520.

Digitized by Google

bre 1898, par M. Cruppi. Cette proposition contenait huit articles et n'avait pour objet que de réglementer les expertises médico-légales. Renvoyée à la commission des réformes judiciaires, elle en revint modifiée, et fut étendue à toutes les expertises. Elle a été discutée, et, après déclaration d'urgence, adoptée, à la Chambre, le 30 juin 1899[12].

370. Les réformes, dont l'expertise serait l'objet, d'après ce projet de loi, portent sur trois points : 1° *Création d'une liste annuelle ;* 2° *Fonctionnement contradictoire* de l'expertise ; 3° *Organisation d'un arbitrage*, en cas de désaccord des experts.

I. Le choix des experts, sur une liste annuelle de capacité, paraît être la condition même de l'expertise contradictoire [13].

[12] Pour le texte de la proposition : *Journ. off.*, Chambre, annexes, 1898, session extraordinaire, n° 407, p. 310. Pour le rapport de M. Cruppi, *Journ. off.*, Chambre, annexes, 1898, n° 484, p. 447. Voy. les débats, à la Chambre, dans *Journ. off.* des 29 et 30 juin 1899.

[13] Les deux premiers articles du projet sont relatifs à la création de cette liste. — Art. 1. « La liste des experts admis à pratiquer les expertises en ma- « tière criminelle et correctionnelle est dressée, chaque année, pour l'année « suivante, par les cours d'appel, le procureur général entendu, sur l'avis « des tribunaux de première instance. — Les experts sont classés par caté- « gories sur cette liste, qui ne comprend pas de membres de droit, à l'excep- « tion de ceux qui sont institués à l'article 2 ». — Art. 2. « La liste des « médecins et chirurgiens admis à pratiquer les expertises médico-légales de- « vant les tribunaux est dressée chaque année, pour l'année suivante, par « les cours d'appel, le procureur général entendu, sur la proposition des « tribunaux civils, des facultés et écoles de médecine, de pharmacie et de « sciences. — Les professeurs et chargés de cours desdites facultés, les « médecins, chirurgiens, accoucheurs et pharmaciens des hôpitaux dans les « villes où siègent des facultés ou écoles de médecine de plein exercice, les « médecins d'hospices et d'asiles publics d'aliénés, les membres de l'Acadé- « mie de médecine feront partie de droit de cette liste; ils seront autant « que possible classés par catégorie suivant leur spécialité ». — Art. 3. « Le juge ou la juridiction compétente désigne, sur la liste annuelle « dressée en conformité des articles précédents, un expert ou plusieurs, s'il « y a lieu à des recherches scientifiques distinctes. — La désignation dudit « ou desdits experts est immédiatement notifiée à l'inculpé, qui a le droit « de choisir sur la liste annuelle qui lui est communiquée un nombre égal

Digitized by Google

Cette liste sera dressée, pour tout le ressort, par la cour d'appel qui statuera annuellement, le procureur général entendu, sur la proposition des tribunaux de première instance. Le juge et l'inculpé pourront exercer leur choix sur tous les noms retenus par la cour, et non pas seulement sur les noms des seuls experts résidant dans le département.

Mais le projet ne prévoit pas les circonstances exceptionnelles dans lesquelles il peut être nécessaire que l'opération d'expertise soit confiée à une sommité scientifique ne résidant pas dans le ressort. L'institution de *membres de droit* vient limiter le pouvoir de la cour d'appel. Cette innovation a été introduite dans le but de donner plus de garanties à l'inculpé, en lui accordant la faculté de choisir des hommes d'autant plus indépendants de la justice qu'ils ne doivent leur vocation qu'à leur situation scientifique.

II. Le fonctionnement contradictoire de l'expertise est assuré par le système de la *dualité* et de l'*égalité* des experts :

« d'experts. — Cette désignation doit être faite dans le délai de trois jours « francs à dater de la notification. — Dans le cas où l'inculpé n'a pas répondu « dans ce délai, le juge nomme un deuxième expert, comme il est dit à l'ar- « ticle 6 (*Erreur matérielle, c'est l'art. 5 qu'il faut lire*). — Dans le cas où « une opération urgente d'expertise est prescrite par le président de la cour « d'assises, l'accusé exerce, séance tenante, s'il le juge utile, son droit de « choisir un expert. — S'il y a plusieurs inculpés, ils doivent se concerter « pour faire cette désignation ». — Art. 4. « Les experts, désignés au para- « graphe 2 de l'article 2, ne peuvent être choisis que si cette mesure qui doit « être justifiée par la gravité de l'affaire est autorisée par ordonnance moti- « vée du président du tribunal ou du président de la juridiction saisie. — « Lesdites ordonnances ne sont susceptibles d'aucun recours ». — Art. 5. « Si l'auteur du crime et du délit est inconnu, ou si le prévenu est en fuite, « l'expertise ordonnée par le juge devra être confiée à deux experts au moins, « choisis sur la liste annuelle ». — Art. 6. « Il ne peut être procédé aux opéra- « tions par un seul expert que dans le cas où l'inculpé renonce formelle- « ment à l'expertise contradictoire et accepte l'expert désigné par le juge ». « — Art. 7. « Les experts désignés par le juge d'instruction et le prévenu « jouissent des mêmes droits et prérogatives. Ils procèdent ensemble à tou- « tes les opérations et leurs conclusions sont prises dans un rapport commun « après avoir été discutées contradictoirement ». — Art. 10. « Les frais « d'expertise résultant de la présente loi seront passés en frais de justice « criminelle ».

Digitized by Google

le juge d'instruction désigne, sur la liste annuelle, un ou plusieurs experts; l'inculpé choisit, à son tour, sur la liste, un nombre égal à celui des désignations opérées par le magistrat. La notification obligatoire de l'ordonnance du juge qui nomme les experts est le point de départ d'un délai de trois jours francs pendant lequel l'inculpé exerce son droit. Les experts ont le même rôle, les mêmes prérogatives; ils procèdent ensemble à toutes les opérations et leurs conclusions sont prises, dans un rapport commun, après avoir été discutées contradictoirement. Les frais d'expertise, sans distinction suivant l'origine des experts, sont entièrement compris dans les frais de justice.

Dans un certain nombre de cas exceptionnels, le principe de la contradiction, réalisé par deux groupes d'experts, a dû être abandonné. Le premier est celui où l'inculpé n'a pas répondu, dans le délai de trois jours, à la notification de l'ordonnance. Le second est le cas où l'inculpé renonce expressément à se prévaloir de son droit. Le troisième résulte de l'impossibilité matérielle de faire fonctionner le système; c'est le cas où l'auteur du crime est inconnu, où l'inculpé est en fuite. Enfin, le dernier cas exceptionnel, le plus important de tous, puisque, suivant la manière dont il sera compris, il appartiendra aux magistrats d'élargir ou de restreindre la contradiction dans l'expertise, est prévu par l'article 9, ainsi conçu : « Nonobstant les termes de l'article précédent, le procureur « de la République et le juge d'instruction pourront, dans les « cas d'extrême urgence, notamment s'ils se sont transportés « sur les lieux pour constater un flagrant délit, ou si des in- « dices sont sur le point de disparaître, commettre, à titre « provisoire, un homme de l'art non inscrit sur la liste an- « nuelle. L'expert provisoire procédera aux premières con- « statations, assurera, s'il y a lieu, la conservation des pièces à « expertiser et dressera un procès-verbal sommaire qui, après « avoir été visé par le juge d'instruction ou le procureur de « la République, sera transmis, avec tous autres documents, « aux experts qui seront immédiatement désignés, conformé- « ment aux dispositions ci-dessus, à moins que ces constata-

Digitized by Google

« tions soient jugées suffisantes, d'un commun accord, par le « magistrat instructeur et l'inculpé ».

III. Les deux groupes d'experts, ayant les mêmes pouvoirs pour faire les constatations et donner leur avis, il arrivera quelquefois qu'ils déduiront de leurs opérations communes des conclusions, opposées et contradictoires. Faut-il placer les juges ou les jurés en présence de cette situation, en leur laissant le soin d'apprécier suivant leur conscience? Faut-il faire trancher le point en litige par un tribunal scientifique, jouissant d'une autorité suffisante pour que son avis mette un terme à toute discussion technique? Ou simplement, donner à un tiers-expert la mission de départager les experts? La première solution serait peut-être la meilleure. C'est celle qui fait crédit à la conscience morale plus qu'à la conscience scientifique. Elle n'a pas été examinée. Dans la proposition de M. Cruppi, l'article 6 confiait la mission de solutionner le conflit à une commission de superarbitres dont le fonctionnement devait être organisé par un règlement d'administration publique [1]. La commission faisait choisir un arbitre aux deux

[1] Brouardel, qui avait vu fonctionner ces commissions en Allemagne, en demandait, dès 1884, l'organisation en France (Rapport à la Société de médecine légale, *Bull.*, 1884, t. 8, p. 252). Le Syndicat des médecins de la Seine, la Société de médecine de Paris, un grand nombre de médecins légistes, ont préconisé cette organisation. M. Guillot, dans l'ouvrage qu'il a consacré au projet de 1879, sous ce titre : *Des principes du nouveau Code d'instruction criminelle*, 1884, écrivait (p. 197) : « Nous ne connaissons rien de « plus pernicieux, pour l'autorité des expertises, que ces audiences, où des « médecins qui n'ont ni participé à l'expertise, ni même examiné les pièces, « viennent, à la dernière heure, jeter, dans le débat, des doctrines imprévues, « comme si ce n'était pas dans le calme du laboratoire que les constatations « scientifiques devaient être toujours discutées et non pas *in extremis* de- « vant une foule impatiente, au milieu des ardeurs de la lutte, devant un « jury trop enclin à se laisser entraîner par des mots sans peser la valeur « des doctrines exposées ». Et pour mettre un terme à ces scandaleuses discussions, « il suffirait d'instituer, dans chaque faculté de médecine, une « commission supérieure des expertises. Ce serait devant elle que seraient « portés l'examen et le débat des questions scientifiques soulevées soit par « le désaccord des experts, soit par les objections de la défense ». Et M. Guillot, allant jusqu'au bout de sa thèse, donnait, à la décision de

Digitized by Google

experts en désaccord; s'ils ne pouvaient s'entendre sur le choix, ils désignaient chacun deux noms, et le président du tribunal tirait au sort parmi ces quatre noms. Puis, elle supprima ce procédé bizarre et, en cas de désaccord, décida que la désignation serait faite par le président du tribunal ou par le président de la juridiction saisie. C'est la solution à laquelle s'est arrêtée la Chambre [15].

371. Cette proposition de loi n'a pas eu pour objet de réglementer l'ensemble de la procédure des expertises criminelles : de se prononcer, par exemple, sur la présence obligatoire ou facultative du magistrat aux opérations, la manière de conduire ces opérations, surtout en cas d'autopsie, la rédaction du rapport, le droit de récusation des experts, etc. Son but a été de créer l'*expertise contradictoire*, sur des bases assez compliquées, mais que la pratique pourra éprouver, puisque le fonctionnement du système, voté par la Chambre des députés, se rapproche beaucoup de celui qui a été organisé, pour certaines expertises spéciales, par la loi du 1er août 1905 et le décret du 31 juillet 1906 [16].

la commission, la force de chose jugée en ce qui concerne la question scientifique tranchée par elle. M. Cruppi, lui, n'admet pas ce retour au système des preuves légales. « Il est bien entendu, écrit-il dans son rapport, que « l'avis des experts et la décision de l'arbitre ne sauraient lier les magistrats « et le jury. Il ne nous semble pas possible d'empêcher que les conclusions « scientifiques soient discutées à l'audience... ».

[15] Art. 8. « Si les experts sont d'avis opposé, ils désignent un tiers ex- « pert chargé de les départager. — A défaut d'entente, cette désignation « est faite par le président du tribunal ou par le président de la juridiction « saisie ».

[16] Voy. *suprà*, nos 362 à 365.

FIN DU PREMIER VOLUME.

Digitized by Google

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

§ I. — **De l'objet de la procédure pénale.** — 1. La procédure pénale a un double objet : organiser les autorités chargées de la répression, leur tracer la marche à suivre dans ce but. Elle est inséparable du fond du droit. —2. Les lois de procédure sont destinées à régulariser la réaction individuelle et sociale que provoque l'action criminelle. — 3. Dans l'évolution de la procédure pénale, il faut tenir compte de l'organisation du pouvoir politique et des croyances du groupe social. — 4. Analogies apparentes et différences substantielles entre la procédure pénale et la procédure civile. — 5. Qualités d'une bonne procédure pénale : simplicité, célérité, équité. — 6. Concepts généraux autour desquels se groupent les règles de la procédure pénale : action, preuve, ordre judiciaire, rite, exécution..... 3

§ II. — **Les divers types de procédure pénale.** — 7. Des trois types de procédure pénale. — 8. De la procédure accusatoire. Ses deux caractères principaux. — 9. L'accusation. Par qui elle est exercée. — 10. Le juge est un arbitre de combat. Double conséquence. Institution des juridictions populaires. Absence d'une procédure par défaut. — 11. L'instruction dans le système accusatoire. — 12. Procédés pour rechercher l'auteur d'un crime et le convaincre. Le flagrant délit. Les cojureurs. Les ordalies. La preuve par la bataille. — 13. Champ d'action du système accusatoire dans le temps et l'espace. L'Angleterre est restée, dans les temps modernes, le conservatoire de cette procédure. — 14. De la procédure inquisitoire. — 15. Ses caractères principaux. — 16. Le juge est un délégué du pouvoir, officier de justice et fonctionnaire permanent. — 17. L'inquisition. — 18. La torture. Son origine. Son extension. — 19. Double contrepoids aux pouvoirs du juge. L'appel. Les preuves légales.

Digitized by Google

— 20. Le système inquisitoire dans le temps et dans l'espace. — 21. Avantages et inconvénients des deux systèmes de procédure, accusatoire et inquisitoire. Système mixte. — 22. Ce qui le caractérise. — 23. Son évolution..... 10

§ III. — **La procédure criminelle française actuelle.** — 24. La procédure criminelle française, telle qu'elle est, aujourd'hui, en vigueur, se rattache au type mixte. Quatre conceptions essentielles la dominent. — 25. Unité de la justice civile et de la justice pénale. — 26. Division des fonctions et du travail. — 27. La division des juridictions et des autorités pénales correspond à la division des infractions. — 28. Ces juridictions et ces autorités fonctionnent pour toutes les personnes et pour tous les délits..... 22

§ IV. — **Des origines historiques de la procédure criminelle française.** — 29. Des trois sources de la procédure criminelle française et de son évolution. — 30. Double tendance : augmenter les garanties de l'inculpé ; renforcer la défense sociale. — 31. Cette double tendance correspond au mouvement scientifique des deux écoles rivales, l'école classique, l'école nouvelle. — 32. Division..... 28

§ V. — **Les juridictions pénales dans l'ancienne France.** — 33. Phases par lesquelles a passé l'organisation judiciaire de l'ancienne France. Unité de la justice civile et de la justice pénale. — 34. Époque barbare. Justice populaire. — 35. Dilution du pouvoir de juger à l'époque féodale et durant le Moyen âge. Conflits de compétence. Division des justices en deux groupes principaux. — 36. Juridictions laïques. Les justices seigneuriales, royales, municipales. — 37. Juridictions ecclésiastiques. Officialités. — 38. Développement des juridictions royales..... 32

§ VI. — **La procédure criminelle dans l'ancienne France.** — 39. Les deux phases de l'ancienne procédure. — 40. Époque barbare. Cojureurs. Ordalies. — 41. Première période de la féodalité. Le combat judiciaire. Le flagrant délit. La clameur de haro. — 42. Les transformations successives de la poursuite. Action populaire. Action d'office. Action publique. Le ministère public. Ses origines obscures. — 43. Transformations de la procédure. Naissance de la procédure inquisitoriale. Les grandes ordonnances. Le Code de la procédure inquisitoriale, l'Ordonnance de 1670. — 44. Marche d'un procès sous ce régime. Information. Récolement et confrontation. Jugement. — 45. L'ordre public, malgré les rigueurs de cette procédure, paraît avoir été moins bien protégé qu'il ne l'est aujourd'hui. — 46. La procédure inquisitoriale ne fut pas particulière à la France : elle forma le droit commun de l'Europe occidentale. — 47. L'Angleterre seule conserve, dans sa procédure, les garanties du système accusatoire..... 41

Digitized by Google

§ VII. — **L'organisation judiciaire et la procédure dans les lois de la Révolution jusqu'au Code de 1808.** — 48. L'état d'esprit à la veille de la Révolution. Réformes opérées. — 49. La législation criminelle de l'Assemblée nationale constituante. — 50. En matière de crimes, la procédure parcourait trois phases. Instruction au canton. Au district, magistrat directeur du jury et jury d'accusation. Jugement. — 51. Qualités et vices de cette procédure. — 52. Procédure en matière de délits, soit de police correctionnelle, soit de police municipale. — 53. Application du système de procédure de l'Assemblée constituante. Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV. — 54. Les lois de l'an IX. Reconstitution de la procédure d'instruction et du ministère public. — 55. Les tribunaux criminels spéciaux..... 63

§ VIII. — **Le Code d'instruction criminelle.** — 56. Les Codes du Consulat et de l'Empire. Le Code d'instruction criminelle et le Code pénal. — 57. La préparation de ces deux Codes. — 58. Le Code d'instruction criminelle de 1808. — 59. Institutions qui forment l'armature même de ce Code. — 60. Les réformes. — 61. Le projet de loi sur la réforme du Code d'instruction criminelle déposé le 17 novembre 1879. La loi du 8 décembre 1897..... 85

§ IX. — **La procédure pénale dans les législations étrangères.** — 62. Importance de la législation comparée. Au point de vue de la procédure, deux groupes principaux de législation : l'un, dérivant du Code de 1808, combine le système inquisitorial et le système accusatoire; l'autre, resté original, dérive du droit anglais, et conserve le système accusatoire. — 63. Division : sources législatives; règles principales. — 64. Sources législatives. Allemagne. Autriche-Hongrie. Belgique. Principauté de Monaco. Grand-Duché du Luxembourg. Espagne. Italie. Suisse. Pays-Bas. Grande-Bretagne. Russie. Grand-Duché de Finlande. Pays Balkaniques. Pays Scandinaves. Turquie. Égypte. Amérique du Nord. Amérique du Sud. Japon. — 65. Les règles principales de l'action, de l'instruction et du jugement d'après les principales législations étrangères. Ordonnances pénales..... 99

§ X. — **La littérature scientifique de la procédure pénale.** — 66. On dégage deux périodes dans l'histoire littéraire de la science de la procédure pénale, dont la séparation est marquée par le Code d'instruction criminelle de 1808. — 67. Les écrivains de la première période : glossateurs, praticiens, précurseurs. — 68. Les écrivains de la seconde période. Italie, France, Allemagne..... 134

Digitized by Google

LIVRE PREMIER

Des actions publique et civile.

§ XI. — **De l'interdépendance des actions publique et civile.** — 69. Des actions publique et civile. Leurs rapports. Quatre conceptions. — 70. Confusion entre les deux actions. — 71. Séparation. — 72. Interdépendance. — 73. Indépendance. — 74. Solidarité. — 75. Réformes. — 76. Étude parallèle des deux actions..... 149

TITRE PREMIER

DES DROITS D'ACTIONS QUI NAISSENT DE L'INFRACTION.

CHAPITRE PREMIER

DE L'ACTION PUBLIQUE.

§ XII. — **Notions générales sur l'action publique.** — 77. La répression et l'action publique qui en est la conséquence. — 78. Du ministère public. Divers systèmes d'accusation. Les deux types en présence. — 79. Combinaisons du système de l'accusation populaire et de celui de l'accusation publique. — 80. Législations autrichienne et allemande. — 81. Système anglais. — 82. Les actions populaires. Article 123 de la loi du 15 mars 1849..... 161

§ XIII. — **De l'organisation du ministère public.** — 83. Organisation identique du ministère public en matière pénale et en matière civile. — 84. Les membres du ministère public, agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux, sont amovibles et révocables. — 85. Unité et subordination hiérarchiques. — 86. Aucune juridiction pénale n'est complète sans ministère public. — 87. Correspondance entre l'organisation des tribunaux de répression et l'organisation du ministère public. Tribunaux de simple police. Parquet des tribunaux de première instance, des cours d'appel, de la Cour de cassation. — 88. Indivisibilité du ministère public. — 89. Remplacement..... 171

§ XIV. — **Des attributions du ministère public au point de vue de l'exercice de l'action publique.** — 90. La disposition, l'exercice et la mise en mouvement de l'action publique. Droits du ministère public, des particuliers et des tribunaux. — 91. Fonctions, en ce

Digitized by Google

qui concerne l'exercice de l'action publique, des divers membres du ministère public. — 92. Le ministère public ne peut être récusé en matière répressive. — 93. De la responsabilité du ministère public et des conditions dans lesquelles elle peut exister et s'exercer..... 188

§ XV. — **De l'action des Administrations publiques devant les tribunaux de répression.** — 94. Conception générale du rôle des administrations publiques qui exercent une action fiscale devant les tribunaux de répression. Cette participation au droit de poursuite n'appartient qu'à un certain nombre d'administrations. — 95. Administration des contributions indirectes. Action fiscale. Action publique ordinaire. Transaction. — 96. Des octrois. — 97. De l'administration des douanes. — 98. De l'administration des eaux et forêts. Délits forestiers. Délits de pêche fluviale. — 99. Administration des postes, des télégraphes et des téléphones. — 100. Des parties lésées par un délit fiscal. De leur droit devant les tribunaux de répression..... 197

§ XVI. — **Contre qui l'action publique peut être intentée.** — 101. L'action publique ne peut être dirigée que contre un individu. Trois corollaires résultent de cette règle. — 102. L'action publique peut-elle être dirigée contre inconnu? Distinction. Instruction. Jugement. — 103. L'action publique ne peut être dirigée que contre les auteurs et les complices de l'infraction. Conséquences. Des personnes civilement responsables quant aux frais. Des personnes morales. Des héritiers des auteurs et des complices. — 104. L'action publique est dirigée contre le prévenu sans qu'il soit nécessaire de mettre en cause son représentant..... 221

CHAPITRE II

DE L'ACTION CIVILE.

§ XVII. — **De quels faits naît l'action civile.** — 105. L'action civile naît d'un délit pénal dommageable. — 106. De l'action en dommages-intérêts fondée sur un délit civil et de l'action en dommages-intérêts fondée sur un délit pénal. Comparaison. — 107. Du caractère dommageable que doit avoir le délit pénal..... 233

§ XVIII. — **De l'objet de l'action civile.** — 108. L'action civile étant l'action en réparation du dommage causé par une infraction se distingue des autres actions civiles qui dérivent de l'infraction. — 109. Des trois chefs d'indemnité compris dans l'action civile : restitutions, dommages-intérêts et frais. — 110. Des restitutions. — 111. Des dommages-intérêts. Modes de réparations. — 112. Comparaison entre ces deux premiers chefs de l'action civile. — 113. Des frais de justice. Renvoi..... 242

Digitized by Google

§ XIX. — **A qui appartient l'action civile et qui peut l'exercer.** — 114. A qui appartient l'action civile et qui peut l'exercer. — 115. De la disposition de l'action civile. Actes de transaction ou de renonciation. Cession de l'action civile. Difficultés sur la validité et l'effet de cette cession. — 116. L'action civile peut appartenir à la victime du délit, à ses héritiers, à ses ayants cause. — 117. La victime du délit peut être indirectement, bien que personnellement lésée. — 118. Personnes juridiques, victimes du délit. Corps. Diffamations et injures. Droit de plainte. Droit de se porter partie civile. — 119. Des groupes ou collectivités, victimes d'un délit. Difficulté d'évaluer le préjudice. Pharmaciens. Médecins, etc. — 120. Question de la poursuite devant les tribunaux de répression par des associations prenant la qualité de « partie civile ». Syndicats professionnels. Autres associations formées en vue de défendre des intérêts communs. Associations ayant un but désintéressé. Groupement d'individus lésés. — 121. Action civile de tout électeur. — 122. Action civile exercée par les héritiers de la victime du délit. Les trois hypothèses possibles. L'infraction a été commise antérieurement à la mort de la victime. Elle a entraîné sa mort. L'infraction a été commise après la mort de la victime. Diffamation envers la mémoire des morts. — 123. Action civile exercée par les ayants cause. Créanciers. Cessionnaires. — 124. Capacité pour exercer l'action civile. Droit commun... 252

§ XX. — **Contre quelles personnes l'action civile peut être intentée.** — 125. Qualité et capacité des personnes contre qui l'action civile peut être intentée. — 126. Trois groupes de personnes. — 127. Auteurs et complices. Rapports entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile. Causes de non-culpabilité. Faits justificatifs. Jeune âge et absence de discernement. Aliénation mentale. État de nécessité. Exercice d'un droit. Légitime défense. Abus de droit. — 128. Des personnes civilement responsables. Principe et limites de la responsabilité civile. Parents. Commettants. Instituteurs. — 129. Héritiers, soit des auteurs et des complices, soit des personnes civilement responsables. — 130. De l'action civile exercée contre un incapable. Distinction entre la femme mariée et les autres incapables..... 278

CHAPITRE III

DE L'INTERVENTION EN MATIÈRE PÉNALE.

§ XXI. — **Comparaison entre l'intervention en matière pénale et l'intervention en matière civile.** — 131. L'intervention en matière civile est admise dans toute instance et elle est subordonnée à la seule justification d'un intérêt légitime. Il n'en est pas de même en matière pénale. Motifs de cette différence. — 132. Division..... 297

Digitized by Google

§ XXII. — **De l'intervention formée contre le prévenu.** — 133. La partie civile seule peut intervenir contre le prévenu ou l'accusé. — 134. Mais cette règle admet une réserve au profit des personnes qui sont subrogées, en totalité ou en partie, à l'action civile, par l'effet de la convention, ou par l'effet de la loi..... 299

§ XXIII. — **De l'intervention volontaire ou forcée en faveur du prévenu ou dans l'intérêt du tiers.** — 135. Questions à examiner. — 136. Recevabilité de l'intervention volontaire des personnes civilement responsables. — 137. En dehors de l'intervention des personnes civilement responsables, toute autre intervention serait irrecevable. Intervention d'un parent, d'un ami, d'une administration, voulant défendre son parent, son ami, son employé. Tiers ayant commis un délit analogue. Prétendu coauteur ou complice. Tuteur. Conseil judiciaire. Association philanthropique. — 138. Comment se forme l'intervention. — 139. Mise en cause ordonnée par une juridiction répressive. — 140. De l'appel en cause par les parties. — 141. Des demandes reconventionnelles devant les juridictions répressives. — 142. Exclusion de l'intervention des associations formées en vue de la poursuite de certains délits..... 303

TITRE II

DE L'EXERCICE DES ACTIONS PUBLIQUE ET CIVILE

CHAPITRE PREMIER

DE L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE

§ XXIV. — **De l'indépendance du ministère public en ce qui concerne l'exercice de l'action publique.** — 143. L'indépendance du ministère public est complète en ce qui concerne les conclusions ; elle ne l'est pas en ce qui concerne l'exercice de l'action publique. — 144. Observation sur l'importance des questions à examiner... 315

§ XXV. — **Des cas où le ministère public n'a pas la faculté de s'abstenir d'exercer l'action publique.** — 145. Surveillance judiciaire. Surveillance administrative. Surveillance privée. — 146. Rapports établis entre les fonctions d'accuser et les fonctions de juger. Incompatibilité et indépendance des fonctions. — 147. Par exception, les tribunaux ont un certain pouvoir de surveillance et de direction soit sur les personnes, soit sur les fonctions du ministère public. L'article 11 de la loi du 28 avril 1810. L'article 235 du Code d'instruction criminelle. Droit d'injonction de la cour. Droits de juridiction et d'évocation de la

Digitized by Google

chambre des mises en accusation. — 148. Droits que donnent à la cour d'appel les articles 361 et 369. — 149. De la surveillance administrative du ministère public. Procureur général près la Cour de cassation. Garde des sceaux. Supérieurs hiérarchiques. — 150. De quelle façon et jusqu'à quel point la partie lésée participe-t-elle au droit d'accusation ? Division. — 151. Mise en mouvement et initiative. Cas où une plainte est nécessaire pour que le ministère public puisse agir. Citation directe. Constitution de partie civile devant le juge d'instruction. — 152. Participation des parties lésées dans l'exercice et la direction de l'accusation. — 153. Voies de recours..... 316

§ XXVI. — **Des cas où le ministère public n'a pas la faculté d'exercer l'action publique.** — 155. De l'action d'office. Principe. Exceptions. Des obstacles qui s'opposent à l'exercice de l'action publique. — 156. Renvoi pour l'étude des questions préjudicielles. Plainte ou dénonciation de la partie lésée. Autorisation préalable..... 346

§ XXVII. — **Des cas où l'action publique est, quant à son exercice, subordonnée à une plainte ou à une dénonciation préalable.** — 157. Les cas où l'action publique est subordonnée, dans son exercice, à une plainte ou à une dénonciation, sont limitativement déterminés par la loi. En dehors des textes, le principe, c'est l'action d'office. — 158. Énumération de ces cas exceptionnels. — 159. Origine historique de ce système. Droit romain. Ancien droit. Droit intermédiaire. Droit actuel. — 160. Raison d'être des exceptions au principe de l'action d'office. — 161. La plainte, base de l'action, est-elle soumise à une forme particulière ? discussion et application de l'idée que ce qui est nécessaire et suffisant, c'est que la plainte soit écrite et manifeste l'intention certaine du plaignant de provoquer la poursuite. — 162. Du retrait de la plainte. Désistement. Son effet. Exception pour le cas d'adultère ou de certains délits de presse. — 163. Étude et classement des divers cas où l'exercice de l'action publique est subordonné à une plainte ou dénonciation préalable. Adultère. Rapt. Délits de chasse. Délits de pêche. Délits de fournisseurs. Contrefaçon industrielle. Diffamation et injures. Délits commis en pays étranger. — 164. Appréciation de ce système. Législations étrangères. Pratique. Réformes..... 347

§ XXVIII. — **Des cas où l'action publique est, quant à son exercice, subordonnée à une autorisation préalable.** — 165. Distinction entre les cas d'immunité pénale et les cas où l'action publique est subordonnée à la nécessité d'une autorisation. — 166. Le président de la République. Immunité pénale, sauf en cas de haute trahison. Difficultés. — 167. De l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. Garantie politique. Garantie administrative. — 168. Les ministres. Leur situation au point de vue pénal. — 169. Les sénateurs et les députés. Néces-

Digitized by Google

sité d'une autorisation de la Chambre dont ils font partie. Portée de la garantie. — 170. Garantie administrative. Sa suppression. Plus d'autorisation préalable. Mais incompétence des tribunaux répressifs pour connaître des actes administratifs. — 171. Renvoi en ce qui concerne la garantie religieuse. Délits des ecclésiastiques constituant un abus. Séparation des Églises et de l'État..... 367

CHAPITRE II

DE L'EXERCICE DE L'ACTION CIVILE.

§ XXIX. — **Notions générales.** — 172. L'action civile peut être portée, soit devant les tribunaux ordinaires, compétents pour en connaître, soit, accessoirement à l'action publique, devant les tribunaux de répression. — 173. Appréciation de ce système. Revision du Code français de 1808 en Belgique. Propositions repoussées. — 174. L'article 3 du Code d'instruction criminelle contient une règle et une exception..... 378

§ XXX. — **Du droit d'option, qui appartient à la partie lésée, entre la voie civile et la voie criminelle.** — 175. Le droit d'option est général, mais il n'est pas absolu. — 176. Il est général, en ce sens qu'il s'applique à l'action civile dirigée contre toutes les personnes qui répondent du délit et doivent en réparer les conséquences. Les personnes civilement responsables peuvent être assignées devant les tribunaux de répression par la partie civile. Difficultés en ce qui concerne la citation directe devant la cour d'assises. Conditions. — 177. Le droit d'option de la partie lésée, quoique général, n'est pas absolu. — 178. Obstacles de fait. — 179. Obstacles de droit. — 180. Le droit d'option n'existe pas si l'infraction est de la compétence pénale d'une juridiction d'exception. Tribunaux militaires et maritimes. — 181. Restriction en ce qui concerne les diffamations commises envers certaines personnes. Article 46 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881. Administrateurs de sociétés financières. Questions que soulève ce cas. Conditions de la prohibition de saisir les tribunaux civils. Caractère de cette prohibition. — 182. De l'action civile en matière de banqueroute simple ou frauduleuse. Cette action peut être exercée devant les tribunaux de répression dans certaines conditions. Elle ne paraît pas pouvoir l'être devant les tribunaux ordinaires. — 183. De la règle : *electa una via non datur recursus ad alteram.* Des deux hypothèses qui peuvent se présenter. Le passage de la voie répressive à la voie civile n'est pas interdit. Mais le passage de la voie civile à la voie répressive doit l'être. — 184. L'application de la règle : *electa una via...*, quelque étendue que l'on donne à son application, exige le concours de trois conditions. Il faut : 1° que la demande successivement portée devant les deux ordres de juridictions soit identiquement la même ; 2° que l'option

Digitized by Google

soit exercée en connaissance de cause ; 3° que la juridiction saisie la première ait eu le droit de statuer. — 185. Caractère de la fin de non-recevoir fondée sur la maxime : *electa una via*..... 381

§ XXXI. — **De l'exercice de l'action civile devant la juridiction répresive.** — 186. Condition préalable d'une constitution de partie civile pour que les tribunaux de répression puissent statuer sur les dommages-intérêts prétendus par la victime. Division. — 187. L'action civile peut être portée devant les tribunaux de répression en même temps que l'action publique. Article 3 du Code d'instruction criminelle. Groupement des conséquences qui résultent de cette dépendance des deux actions. — 188. Quand le fait qui a produit le dommage ne constitue pas une infraction, la juridiction répressive est incompétente pour statuer sur l'action en dommages-intérêts. Application faite pour les prêts usuraires, la tenue d'une maison de prêts sur gage, etc. — 189. La juridiction répressive est incompétente pour statuer sur l'action civile, quand l'action publique est irrecevable. — 190. L'incompétence existe également si l'inculpé est renvoyé d'instance. — 191. Mais réserve et distinction entre les tribunaux de police simple ou correctionnelle et les cours d'assises. La règle de l'incompétence des tribunaux de répression pour connaître de l'action civile en cas d'acquittement ne s'applique pas à la cour d'assises. — 192. L'irrecevabilité devant les tribunaux de répression de l'action civile, isolée de l'action publique est d'ordre public. — 193. De l'effet, au cas où l'action publique et l'action civile ont été portées ensemble devant un tribunal de répression, d'une cause d'extinction de l'action publique. Décès. Amnistie. — 194. Du moment et du mode de constitution d'une partie civile. Voie d'action. Voie d'intervention. — 195. Forme de la constitution de partie civile. — 196. Effets d'une constitution de partie civile. — 197. Du désistement de la partie lésée devant la juridiction répressive. — 198. Effets du désistement. Double hypothèse. Désistement régulier. Désistement irrégulier... 406

§ XXXII. — **De l'exercice de l'action civile devant la juridiction civile.** — 199. L'action civile peut être portée devant les juridictions ordinaires. Elle doit même l'être quelquefois. De l'influence réciproque des deux instances et des deux jugements. — 200. Première hypothèse. Cas où l'action civile a été définitivement jugée par les tribunaux ordinaires avant l'exercice de l'action publique. Indépendance des deux actions. — 201. Seconde hypothèse. Cas où l'action publique a été définitivement jugée par les tribunaux de répression avant l'exercice de l'action civile. Force de chose jugée absolue de la décision rendue par les tribunaux de répression. — 202. Troisième hypothèse. Cas où l'action publique est intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile. Le criminel tient alors le civil en état. Double motif de cette règle. Principe supérieur qu'elle suppose. Division de son étude. — 203. Conditions d'application de la règle. Il faut que les deux actions naissent du même fait et que l'action publique

Digitized by Google

ait été intentée. — 204. Si le concours de ces deux conditions est nécessaire, il est suffisant. — 205. L'action civile reprend son indépendance, lorsqu'il a été prononcé « définitivement » sur l'action publique, c'est-à-dire au jour où la décision criminelle a force de chose jugée. Distinction entre la force de chose jugée et la force exécutoire. De l'effet, au point de vue du sursis, des arrêts de contumace, des jugements ou arrêts par défaut non signifiés, des ordonnances de non-lieu. — 206. Caractère d'ordre public de la règle : « Le criminel tient le civil en état »..... 443

TITRE III

DE L'EXTINCTION DES ACTIONS PUBLIQUE ET CIVILE

CHAPITRE PREMIER

DE L'EXTINCTION DE L'ACTION PUBLIQUE.

§ XXXIII. — **Classement des causes d'extinctien de l'action publique.** — 207. Double classement des causes d'extinction de l'action publique. Causes naturelles. Causes politiques. Causes communes à toutes les infractions. Causes spéciales à certaines infractions. — 208. Observation générale..... 455

§ XXXIV. — **Du décès de l'inculpé.** — 209. Le décès de l'inculpé éteint l'action publique. Cette règle est absolue. Elle s'applique sans exception ni réserve. — 210. Conséquence de ce fait extinctif sur la procédure. Trois situations. Décès avant jugement. Décès après jugement, mais dans le délai des voies de recours. Décès pendant l'instance d'appel, d'opposition, de pourvoi en cassation. — 211. Ce décès du prévenu n'éteint pas l'action tendant à obtenir la confiscation de choses en délit. — 212. Ce mode d'extinction est personnel et ne profite pas aux complices. Exception en ce qui concerne l'adultère de la femme..... 456

§ XXXV. — **De la chose jugée.** — 213. Notion de la chose jugée. — 214. Questions qui se posent. — 215. Renvoi de ces questions.... 461

§ XXXVI. — **De l'amnistie.** — 216. Effets de l'amnistie sur l'action et sur la condamnation..... 462

§ XXXVII. — **De la prescription de l'action publique.** — 217. Conceptions diverses de la prescription. — 218. La prescription pénale est d'ordre public. — 219. Renvoi à un autre ouvrage, en ce qui concerne le délai, le point de départ de ce délai, le régime de l'interruption et de la suspension. — 220. Preuve de l'accomplissement de la prescription. 463

Digitized by Google

CHAPITRE II

DE L'EXTINCTION DE L'ACTION CIVILE.

§ XXXVIII. — **Division.** — 221. Deux groupes d'hypothèses..... 468

§ XXXIX. — **Extinction de l'action publique avec survie de l'action civile.** — 222. Trois séries de situations sont possibles. — 223. Chose jugée sur l'action publique. — 224. Du décès et de l'amnistie. — 225. De la survivance de l'action civile en cas de prescription de l'action publique. Difficultés..... 468

§ XL. — **Extinction de l'action civile avec survie de l'action publique.** — 226. Des trois séries d'hypothèses où ce résultat est possible..... 470

LIVRE SECOND

De la preuve en matière criminelle.

TITRE PREMIER

DE LA PREUVE CRIMINELLE EN GÉNÉRAL.

§ XLI. — **La question de preuve dans la procédure pénale.** — 227. De l'objet de toute procédure pénale au point de vue de la preuve. — 228. Vérité et certitude. — 229. L'œuvre de la procédure tend a transformer un soupçon en certitude. Des trois règles qui dominent la question de preuve en matière criminelle..... 475

§ XLII. — **La preuve incombe à l'accusateur.** — 230. Dans quel sens la charge de la preuve incombe à l'accusateur. De l'application restreinte, en matière répressive, et au point de vue de la preuve, de l'adage : *reus excipiendo fit actor.* — 231. De la preuve des faits négatifs. Confusion..... 477

§ XLIII. — **Des devoirs du juge de répression quand la preuve n'est pas rapportée.** — 232. L'insuffisance de la preuve amène le renvoi d'instance du prévenu. Institutions qui se rattachent à cette situation. Peine extraordinaire. Diverses espèces d'absolution. Plus amplement informé. — 233. Ces institutions ont disparu. — 234. De la règle :

Digitized by Google

In dubio pro reo. Critiques faites par l'école positiviste. Réformes à rebours..... 481

§ XLIV. — **Des cas dans lesquels il y a lieu de faire la preuve et des faits à prouver.** — 235. Dans un procès civil, quatre conditions sont nécessaires pour qu'il y ait lieu de faire la preuve. Examen du point de savoir si chacune de ces conditions s'applique au procès pénal. — 236. Les faits, même avoués, doivent être établis en matière pénale. En d'autres termes, l'aveu ne dispense pas de la preuve; il n'est lui-même qu'un élément de conviction. — 237. La dispense de preuve en matière de présomption légale. Rôle effacé des présomptions légales dans la procédure répressive. — 238. La preuve de certains faits peut être interdite. Vérité des faits diffamatoires. — 239. De la pertinence des faits dont on demande à faire preuve dans la procédure pénale. — 240. En matière de diffamation, le prévenu n'est pas toujours admis à faire la preuve de la vérité des imputations. Injure. Outrage. — 241. Distinction, au point de vue de la diffamation, entre les faits de la vie privée et les faits de la vie publique. — 242. De la preuve de moralité. Admissibilité..... 487

§ XLV. — **De la loi qui doit régler l'administration de la preuve.** — 243. Double question qui se pose. Conflit d'une loi ancienne et d'une loi nouvelle. Conflit d'une loi étrangère et de la loi française. — 244. C'est à la loi en vigueur au moment du procès qu'il faut se référer pour l'admissibilité et la procédure de la preuve. — 245. La territorialité de la loi pénale impose aux juges l'obligation d'appliquer en matière de preuve la loi nationale. — 246. Réserve aux deux points de vue précédents, lorsque des questions civiles ou commerciales sont soumises aux tribunaux de répression..... 494

TITRE II

PRINCIPES GÉNÉRAUX SUR LA RECHERCHE, L'ADMINISTRATION ET LA FORCE DE LA PREUVE.

§ XLVI. — **Des divers systèmes historiques d'organisation de la preuve.** — 247. La preuve doit être considérée à trois points de vue. — 248. De l'évolution historique du système des preuves. Quatre phases. — 249. Les deux principaux systèmes, celui des preuves légales et celui des preuves morales se sont succédés dans l'Europe moderne. En quoi ils consistent. — 250. Origine du système des preuves légales. — 251. Quatre modes de preuves. Division, soit des preuves du corps du délit, soit de celles de la culpabilité du délinquant. — 252. Preuve par témoins. Conditions légales pour que la preuve par témoin soit une preuve complète sous ce régime. — 253. Preuve écrite. — 254. Présomptions. — 255.

Digitized by Google

Indices prochains. — 256. Indices éloignés. — 257. Ce qui caractérisait le système des preuves légales dans notre ancienne jurisprudence criminelle. Nécessité de l'aveu. Interrogatoire. Torture. — 258. Origine du système des preuves de conviction substitué, en France, par l'Assemblée constituante, au système des preuves légales. — 259. La preuve de conviction est donc née avec le jury, et, à vrai dire, c'est la « preuve par jury ». Inconvénients de la formule qui en a été donnée. Le système des preuves légales a, presque partout, disparu. Législations anglo-saxonnes... 497

§ XLVII. — **De la preuve morale ou de conviction.** — 260. Le régime de la preuve de conviction gouverne toute la procédure répressive et s'applique aux tribunaux correctionnels ou de police comme aux cours d'assises. — 261. Il existe, cependant, en ce qui touche l'adaptation de ce régime de preuve, trois différences entre la procédure criminelle et la procédure correctionnelle ou de police. — 262. La première différence résulte de ce que les tribunaux correctionnels ou de police doivent motiver la condamnation ou l'acquittement, c'est-à-dire indiquer les raisons pour lesquelles ils se décident, tandis que la cour d'assises juge, à cet égard, sans donner de motifs. — 263. La preuve ne dépend pas de la nature de la juridiction devant laquelle une question se pose, mais de la nature de la question elle-même. Exemple pour l'interdiction de la preuve testimonlale. Mais ce qui est vrai des juridictions composées de professionnels, ne l'est pas du jury. L'article 342 s'applique dans toute son étendue, quelle que soit la question posée. — 264. Le régime des preuves de conviction est limité, même en matière répressive, par un certain nombre d'exceptions. Procès-verbaux qui font foi jusqu'à inscription de faux ou jusqu'à preuve contraire. Preuve de l'adultère vis-à-vis du complice. — 265. Mais si la preuve n'a pas une valeur morale imposée par la loi, les règles de son administration sont réglementées. Buts que poursuit la loi dans cette réglementation. Pouvoir discrétionnaire du président de la cour d'assises. 515

TITRE III

DE LA PREUVE EN MATIÈRE PÉNALE ET DE LA PREUVE EN MATIÈRE CIVILE.

§ XLVIII. — **Comparaison entre le régime des preuves en matière civile et le régime des preuves en matière pénale.** — 266. La marche de la preuve ne peut pas être la même en matière pénale et en matière civile. Conséquences. — 267. Inadmissibilité de certaines preuves. Serment. Différentes espèces de serments judiciaires. Ce qui subsiste du serment. — 268. Preuve préconstituée de tous faits juridiques en

Digitized by Google

matière civile. Preuve de fait en matière pénale. — 269. La preuve est un incident du procès civil. Elle est le fond même du procès pénal. Conséquences..... 525

§ XLIX. — **De la preuve dans les deux phases de la procédure pénale.** — 270. Au point de vue des conditions, soit d'admission, soit de recherche, soit d'administration des preuves, il faut distinguer, dans la procédure pénale, la phase préparatoire et la phase définitive de l'instruction. — 271. Phase préparatoire, officieuse et officielle. — 272. Phase définitive. Instruction orale, publique, contradictoire. — 273. Motifs des différences qui existent dans les deux phases de la procédure. Principales différences. Transport sur les lieux. Témoignage..... 531

TITRE IV

DES DIVERS PROCÉDÉS DE PREUVE.

CHAPITRE PREMIER

DES DIVERSES ESPÈCES DE PREUVE.

§ L. — **De la méthode pour arriver à la découverte de la vérité.** — 274. Preuve directe ou inductive. Preuve indirecte ou de raisonnement. — 275. Déduction et induction. — 276. Interversion dans les idées sur les meilleurs moyens de preuve. Importance acquise par les indices. — 277. Ce que l'on demande aujourd'hui d'établir. D'abord, la réalité du délit. Puis, la participation de l'agent. Enfin, sa témibilité. Insuffisance, à ce dernier point de vue, des anciennes méthodes de preuve. Nécessité de rechercher l'identité des criminels. Inventions scientifiques dont ils profitent et dont la société doit user dans sa lutte contre le crime. — 278. Dans quelle mesure la phase scientifique de la preuve peut remplacer la phase sentimentale. Transition..... 537

§ LI. — **De la criminalistique.** — 278. Directions scientifiques en matière de preuve. Criminalistique. Police scientifique. Psychologie judiciaire expérimentale. — 279. Le juge répressif ne doit pas seulement connaître la loi pour l'appliquer aux faits, il doit apprendre à fixer ces faits. La criminalistique. — 280. La psychologie légale et ses deux branches : la psychologie du juge et la psychologie du déposant. Double méthode. Observation. Expérimentation. — 281. La psychologie du juge. Acquisition des matériaux de preuve. Jugement basé sur ces matériaux. — 282. La psychologie du témoignage. — 283. Le témoignage doit être soumis à une triple critique, clinique, pénale, expérimentale. Faux témoignage des aliénés et psychopathes. Faux témoignages

Digitized by Google

délictueux. Faux témoignages inconscients. — 284. Éléments d'où dépend la certitude du témoignage. Nécessité pour le juge d'objectiver ces éléments. Science pratique du témoignage. — 285. Caractères du témoignage. Un certain nombre de thèses à poser. — 286. Dans quelle mesure on peut corriger objectivement le témoignage. Conclusions. — 287. La police scientifique. Son enseignement. — 288. Identification des criminels, soit en vue de l'application des lois sur la récidive, soit en vue des opérations de recherche ou de surveillance des individus suspects. Le Bertillonage. — 289. La photographie scientifique et le portrait parlé. — 290. La fiche internationale. Difficultés..... 541

§ LII. — **Du classement des preuves.** — 291. Première classification des preuves. Preuves directes ou d'évidence. Preuves indirectes ou de raisonnement. — 292. De l'évidence, soit interne, soit externe. — 293. Du raisonnement et des preuves de raisonnement. — 294. Groupement des preuves. Expérience personnelle et expertise. Foi au témoignage. Présomptions et indices. — 295. Seconde classification des preuves. Preuve générique. Preuve spécifique. Quatre catégories de preuves..... 561

CHAPITRE II

DE L'EXPÉRIENCE PERSONNELLE.

§ LIII. — **Du rôle de l'expérience personnelle du juge comme moyen de conviction.** — 296. Le juge peut avoir acquis la connaissance personnelle des faits du procès, soit dans ses fonctions, soit en dehors de ses fonctions. — 297. De la connaissance acquise par le juge en dehors de ses fonctions. Pourquoi le juge ne peut en tenir compte. Des conséquences qui en résultent. Déport du juge. — 298. Du juge témoin. Comparaison entre le jury anglais et le jury français. De la nécessité pour le juge moderne de connaître la vie de l'agent, ses antécédents, son milieu. Carte biographique. — 299. Le juge peut acquérir la connaissance des faits dans l'exercice de ses fonctions..... 567

§ LIV. — **Du transport sur les lieux dans la procédure préalable.** — 300. Du transport sur les lieux dans la procédure préalable. Division. — 301. Flagrant délit et cas assimilés. Concours d'attributions entre le procureur de la République, ses auxiliaires et le juge d'instruction. — 302. Quand il y a flagrant délit. Procédure commune au procureur de la République et au juge d'instruction. En cas de concours dans les cas ordinaires, c'est au juge d'instruction à ordonner et exécuter un transport. — 303. De la présence de l'inculpé et de celle de la partie civile. — 304. Projets de réforme restés en route. — 305. Opérations du transport. — 306. Des précautions qui doivent être prises pour garantir la

Digitized by Google

constatation, la conservation de l'identité du corps du délit. — 307. Combinaison des prescriptions du Code d'instruction criminelle et de celles de la loi du 8 décembre 1897..... 573

§ LV. — **Du transport sur les lieux dans la procédure définitive.** — 308. Le Code d'instruction criminelle est muet sur le transport dans la procédure définitive. Cette mesure peut être ordonnée par jugement et se fait en présence des parties. — 309. Le tribunal peut, au lieu de se transporter tout entier sur les lieux, commettre un de ses membres. Tribunaux correctionnels. Cours d'assises. Pouvoirs du président de la cour d'assises..... 583

§ LVI. — **De la technique du transport sur les lieux.** — 310. De l'importance des premières constatations faites et du rôle prépondérant du magistrat instructeur dans la direction de l'affaire. — 311. De l'utilité d'une sorte de technique du transport. — 312. Préparation du transport. — 313. Méthode à suivre sur les lieux. S'assurer d'abord de l'état concomitant au crime. — 314. Description. — 315. Recherche des objets cachés. — 316. Applications pratiques de cette méthode aux crimes les plus importants. Renvoi..... 587

CHAPITRE III

DE L'EXPERTISE.

§ LVII — **Nature de l'expertise.** — 317. Ce qu'est l'expertise. Son utilité. Ses caractères. — 318. Motifs de la confiance en l'expert. Base commune de confiance dans l'expertise et le témoignage. Différences en ce qui concerne la nature et le champ d'application de l'expertise et du témoignage. — 319. De la responsabilité de l'expert. — 320. Importance actuelle du mode de vérification par expertise. Ses erreurs. La faillibilité de l'expert implique l'obligation de ne pas donner à son avis le caractère d'une décision. — 321. Absence de réglementation de l'expertise criminelle. Question générale de savoir si les règles de l'expertise civile sont applicables à l'expertise criminelle. Points communs. Différences principales..... 590

§ LVIII. — **Nomination et choix des experts.** — 322. L'expertise est une mesure d'instruction, soit de la période préparatoire, soit de la période définitive de la procédure. — 323. Dans la période préparatoire, expertise, soit en cas de flagrant délit, soit dans les cas ordinaires, soit dans l'enquête officieuse. — 324. Dans la période définitive, l'expert est commis par la juridiction; tribunaux de police, tribunaux correctionnels, cours d'assises. Il faut un jugement ou un arrêt. En cour d'assises, cependant,

Digitized by Google

le président peut commettre un expert en vertu de son pouvoir discrétionnaire. — 325. Chambre d'accusation. Président de la cour d'assises dans les intersessions. — 326. Le choix des experts n'est pas limité. Mineurs. Interdit. Étranger. Femme. — 327. L'ordonnance ou le jugement qui nomme les experts doit préciser les questions à résoudre..... 602

§ LIX. — **Marche de l'expertise.** — 328. Absence de toute règle précise dans le Code d'instruction criminelle. Double conséquence qui en résulte, soit au point de vue de la nomination des experts, soit au point de vue du caractère non contradictoire de l'expertise. — 329. Nombre des experts. Pouvoir arbitraire des tribunaux de répression. — 330. Caractère non contradictoire de l'expertise criminelle. — 331. L'organisation contradictoire de l'expertise criminelle est une réforme depuis longtempe demandée. Comment la réaliser. Difficultés. — 332. Choix *de* ou *des* experts. Liste d'experts..... 610

§ LX. — **Droits et devoirs des experts.** — 333. Du serment des experts. Sa formule. Elle n'est pas sacramentelle, à la différence de la formule du serment des témoins et des jurés. — 334. La prestation du serment et sa constatation régulière sont des conditions de validité de toute expertise. Ni les magistrats ni les parties ne peuvent dispenser l'expert du serment prescrit par la loi. — 335. Le serment doit être prêté avant le commencement des opérations et il s'étend à toutes les opérations que l'expert peut avoir à reproduire et à ajouter pendant tout le cours de l'affaire. — 336. Le serment ne garantit que les opérations faites dans la phase de procédure pour laquelle l'expert a été commis. L'expert, appelé à l'audience, pour rendre compte de ses opérations ou de ses conclusions, prête le serment de témoin. — 337. Le président de la cour d'assises qui commet un expert, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, ne peut le dispenser du serment en tant qu'il procède comme expert. — 338. Questions accessoires sur les droits et devoirs des experts. — 339. Refus de concours de l'expert. Sanction générale. Sanction spéciale instituée pour le refus des médecins par l'art. 23 de la loi du 30 novembre 1892 sur l'exercice de la médecine. — 340. Honoraires des experts. Tarif. Décret du 21 novembre 1893 en ce qui concerne les médecins..... 618

§ LXI. — **Du rapport d'experts.** — 341. Le rapport d'experts comprend deux séries d'opérations dont il doit être rendu compte : les constatations les conclusions. — 342. Le rapport n'a pas lieu nécessairement par écrit. Distinction qu'il faut faire. — 343. Aucune règle générale n'est prescrite pour la rédaction du rapport. Mais cadre pratique. Préambule. Commémoratif. Description. Discussion. Conclusions. — 344. Conseils sur la forme de rédaction. — 345. Les législations étrangères tracent quelques règles générales sur la conduite des opérations et la rédaction du rapport. 625

Digitized by Google

§ LXII. — **Foi due à l'expertise.** — 346. L'expertise ne lie pas le juge. — 347. Mais si, en droit, le juge est libre de décider contrairement à l'avis de l'expert, en fait, il se conformera le plus souvent à son opinion. Des règles qui conditionnent la valeur morale de l'expertise. — 348. Contrôle des parties à l'audience. Liberté de discuter les constatations et les conclusions..... 631

§ LXIII. — **Des règles spéciales à certaines expertises.** — 349. Les expertises portent sur des questions de tout genre. Mais il existe des expertises spéciales au point de vue des règles auxquelles elles sont soumises. — 350. Des expertises médico-légales. — 351. Du classement de ces expertises, quant à leur objet matériel et quant à la nature des questions posées. — 352. Règles spéciales des expertises médico-légales, depuis la loi du 30 novembre 1892. Elles ne peuvent être confiées qu'à des docteurs en médecine français. Liste officielle d'experts médecins dressée annuellement par chaque cour d'appel. Refus d'obtempérer aux réquisitions. Tarif spécial. — 353. Des expertises en écriture. Leur valeur relative. — 354. La vérification des écritures ne forme pas l'objet d'un titre spécial dans le Code d'instruction criminelle. C'est donc, en principe, le droit commun qui s'applique. — 355. Mais le Code d'instruction criminelle s'occupe de l'expertise en matière de faux. Distinction à faire entre l'expertise en écriture et l'expertise en matière de faux. — 356. Certaines règles de l'expertise des pièces arguées de faux doivent, par analogie, être appliquées à l'expertise en écriture. Pièces de comparaison. Saisie et dépôt des pièces. — 357. Falsification des produits destinés à l'alimentation de l'homme et des animaux, ainsi qu'au besoin de l'agriculture. Réglementation contradictoire du prélèvement d'échantillons et de l'analyse chimique. — 358. Des fraudes en matière d'engrais. Origine de la loi du 4 février 1888. Décret du 10 mai 1889 prescrivant les procédés d'analyse à suivre pour la détermination des matières fertilisantes des engrais. Prise d'échantillons en trois exemplaires. Expertise. Contre-expertise. — 359. Caractères spéciaux de l'instruction dans ce cas. — 360. L'expertise étant préjudicielle à la poursuite, double question qui se pose. — 361. Des fraudes dans le commerce du beurre. Loi du 16 avril 1897 et décret du 9 novembre de la même année. Constitution de l'expertise. — 362. Loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires et des produits agricoles. — 363. L'expertise dans ce cas est double : expertise administrative, expertise judiciaire. — 364. De la poursuite. L'intéressé renonce à constater l'expertise contradictoire. — 365. Valeur probatoire de l'expertise contradictoire dans ce cas..... 633

§ LXIV. — **De la forme des expertises criminelles.** — 366. Comment se pose en France la question de réforme des expertises criminelles. — 367. Constatations qui se dégagent de l'étude comparative des législa-

Digitized by Google

tions étrangères. — 368. Projet de réforme du Code d'instruction criminelle français de 1879. Question de l'expertise. Système de l'expertise surveillée. — 369. Proposition Cruppi de 1898. Vote de cette proposition par la Chambre des députés le 30 juin 1899. — 370. La réforme porte sur trois points : création de listes annuelles d'experts agréés; fonctionnement contradictoire de l'expertise par la dualité et l'égalité des experts ; création d'un arbitrage en cas de désaccord. — 371. Cette proposition de loi n'a pas eu pour objet de réglementer l'ensemble des expertises criminelles mais d'introduire, dans ces expertises, le régime de la contradiction.. 656

FIN DE LA TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES
DU PREMIER VOLUME.

BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE.

Ex. GO.
24/21

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL LIBRARY

This book is due on or before the date stamped below. Books must be returned to the Circulation Desk from which they were borrowed. **Non-receipt of an overdue notice does not exempt the user from a fine.**

JUN 10 2003	
JUN 03 2003	

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 057 577 009

Google

Digitized by Google